Ulrich Züllighoven

Die wirtschaftliche Preisbindung für Markenwaren in § 16 GWB

~~1967~~
1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547212_0021

DIE WIRTSCHAFTLICHE PREISBINDUNG

FÜR MARKENWAREN

IN § 16 GWB

Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

ULRICH ZÜLLIGHOVEN

aus Brilon

1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich
Dekan: Prof. Dr. Mülhaupt
Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1966

Inhaltsverzeichnis

Seite:

Abkürzungsverzeichnis VI

Literaturverzeichnis IX

Einleitung 1

1. Teil
Die Preisstellung durch den Hersteller, ihre Ursachen, ihre Erscheinungsformen und ihre gesetzliche Regelung im Überblick 5

1. Abschnitt
Gründe für eine Preisstellung von Herstellerseite 5

2. Abschnitt
Erscheinungsformen der Preisstellung durch den Hersteller 8

A) Die zweiseitigen Preisstellungen 10

I. Die Preisstellung durch Verpflichtung 10

II. Die Preisstellung durch rechtliche Verbindung von Vor- oder Nachteilen mit der Preisein- oder Nichteinhaltung 11

1. Die Preisstellung durch konditionale Verknüpfung 12

2. Die Preisstellung durch Rücktrittsvorbehalt 15

3. Die Preisstellung durch kausale Verknüpfung 16

III. Die Preisstellung durch "gentlemen agreement" 17

Seite

B) Die einseitigen Preisstellungen 19

I. Die Preisstellung durch besondere Druckmittel 19

II. Die Preisstellung durch Veröffentlichung der Wiederverkaufspreise und/oder Aufdruck der Wiederverkaufspreise auf der Ware selbst bzw. auf Aufstellgeräten o. ä. 20

III. Die Preisstellung durch an den Abnehmer gerichtete Erklärung 21

3. Abschnitt
Überblick über die gesetzliche Regelung der Preisstellung im GWB 23

2. Teil
Der Begriff der wirtschaftlichen Bindung 26

1. Abschnitt
Die bisher in Rechtsprechung und Literatur zur rechtlichen und wirtschaftlichen Preisbindung vertretenen Ansichten 26

A) Die zur rechtlichen Preisbindung vertretene Auffassung 26

B) Die zur wirtschaftlichen Preisbindung vertretenen Auffassungen 28

2. Abschnitt
Eigene Stellungnahme zur wirtschaftlichen Bindung 33

A) Die Bestimmung des Begriffs der Bindung 33

I. Die Gleichartigkeit der Begriffe Bindung und Beschränkung 33

II. Die Beschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit im Sinne des § 15 37

Seite

1. Die Begriffe des freien Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung 37

2. Der Zweck des § 15 44

3. Der Begriff der Freiheitsbeschränkung und sein Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung 49

B) Die unter § 16 fallenden Bindungen 53

I. Die Auslegung aus dem Wortlaut 53

II. Die Auslegung aus dem logisch-systematischen Gesetzeszusammenhang 58

1. Die Ausrichtung des Gesetzeszusammenhangs auf sonstige Verträge im Sinne des § 15 58

2. Die Zweifelhaftigkeit des aus der Gesetzessystematik gewonnenen Ergebnisses 66

a) Die Möglichkeiten vertraglicher Bindung 67

b) Die Widersprüchlichkeit von Wortlaut und Gesetzessystematik 75

III. Die historische Auslegung 79

IV. Die teleologische Auslegung 86

1. Der Umfang des Verbotes vertikaler Preisbindungen 87

a) Das Verbot des § 15 in Verbindung mit § 38 I Ziff. 1 87

b) Das Verbot der §§ 38 II Satz 2 und 38 I Ziff.8 in Verbindung mit § 25 87

2. Der Zweck des § 16 97

3. Die Notwendigkeit weitgehender Bindungsmöglichkeiten 101

Seite

4. Die Bedenken aus dem auf die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen gerichteten Zweck des GWB 104

5. Die Bedenken aus der Einseitigkeit nichtvertraglicher Bindungsarten 106

6. Die Bedenken aus dem Erfordernis der Lückenlosigkeit 109

a) Die Bedeutung der Lückenlosigkeit nach bisheriger Rechtsprechung und Lehre 110

b) Die kartellrechtliche Zulässigkeit lückenhafter Preisbindungen 113

c) Die Stellung der Abnehmer bei lückenhafter Preisbindung 118

d) Das Versagen des Erfordernisses der Lückenlosigkeit als Regulativ bei der Trennung schutzwürdiger und nichtschutzwürdiger Preisbindungen 123

7. Die Bedeutung der formellen Erfordernisse für die Preisbindungen 128

a) Das Erfordernis schriftlicher Abfassung der Preisbindung 128

b) Das Erfordernis der Anmeldung der Preisbindung 141

8. Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung 142

C) Die Definition der rechtlichen und der wirtschaftlichen Bindung 144

3. Teil
Das Verhältnis der wirtschaftlichen Preisbindung zur Preisempfehlung 149

Seite

1.Abschnitt
Das Tatbestandsmerkmal der faktischen Bindung in § 38 II Satz 2 151

2. Abschnitt
Die Abgrenzung der wirtschaftlichen Bindung von der Preisempfehlung 162

3. Abschnitt
Die analoge Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen 165

4. Teil
Die rechtspolitische Bedeutung der gesetzlichen Anerkennung der wirtschaftlichen Bindung 176

5. Teil
Fragen der wirtschaftlichen Preisbindung: mehrstufige Bindungen und Vorgehen gegen Außenseiter 182

1. Abschnitt
Die mehrstufige wirtschaftliche Preisbindung 182

2. Abschnitt
Die Möglichkeiten eines Vorgehens des Herstellers gegen preisschleudernde Außenseiter 188

A) Der Anspruch auf Unterlassung aus § 1 UWG 191

B) Der Anspruch auf Unterlassung aus § 1.004 BGB 198

C) Die Bedeutung des Fehlens eines Unterlassungsanspruchs gegen preisschleudernde Außenseiter bei den nichtverpflichtenden Bindungen 204

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz vom 6. 9. 1965
Allg.	Allgemein
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVO	Ausführungsverordnung
BAG	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Begr.	Begründung
Bd.	Band
BKA	Bundeskartellamt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
DekartR	Dekartellierungsrecht
d. h.	das heißt
Einl.	Einleitung
evtl.	eventuell
f (ff)	folgende Seite(n)

Frankf. Komm.	Frankfurter Kommentar
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Gem. Komm.	Gemeinschaftskommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HBlatt	Handelsblatt
h. L.	herrschende Lehre
i. e. S.	im engeren Sinne
i. w. S.	im weiteren Sinne
Jus	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KNVO	Kartellnotverordnung vom 26. 7. 1930
KR	Kartellrundschau
KVO	Kartellverordnung vom 2. 11. 1923
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o. ä.	oder ähnlichem
OLG	Oberlandesgericht
RabG	Rabattgesetz
RegE	Regierungsentwurf
RefE	Referentenentwurf
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
rd.	rund
S.	Seite
u. a.	unter anderem

u. ä.	und ähnlichem
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
WPolA	Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Literaturverzeichnis

Baumbach, Adolf - Hefermehl, Wolfgang,	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, München/Berlin 1960
Becher, Hans,	Die wirtschaftliche Preisbindung, BB 58, 430
Benisch, Werner,	Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 56, 480
Benisch, Werner,	Die unverbindliche Abstimmung unter dem GWB, DB 57, 789
Benisch, Werner,	Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlungen, WuW 59, 3
Benisch, Werner,	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14. 1. 1960 (WuW 60, 347), WuW 60, 351
Benisch, Werner,	Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs WuW 60, 842
Benisch, Werner,	Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 61, 764
Benkendorff, Gerhard,	Die Umgehung der Kartellvorschriften, WuW 54, 145
Biedenkopf, Kurt, H.,	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958
Borchardt, Kurt - Fikentscher, Wolfgang,	Wettbewerb - Wettbewerbsbeschränkung - Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
Brugger, Gustav,	Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 59, 467
Brugger, Gustav,	Kartellrechtliche Beurteilung von Urheberrechtsgesellschaften, WuW 59, 159 u. 244

Brunn,Johann Heinrich v.,	Zweifelsfragen bei der Anmeldung der Preisbindung der zweiten Hand, DB 58, 129
Büntig, H.,	Preisbindung des Einzelhandels durch Hersteller von Markenartikeln, BB 55, 1.114
Büntig, Heinz,	Zur Auslegung des Empfehlungsverbots durch den BGH, BB 60, 384
Bussmann, Kurt,	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp), Handelsbrauch und Kartellrecht, WuW 55, 275
Callmann, Rudolf,	Der Kartellbegriff und§ 1 KVO unter besonderer Berücksichtigung der Preisschutzverträge, KR 32, 215
Callmann, Rudolf,	Das Deutsche Kartellrecht, Berlin 1934
Dörinkel, W.,	Die Bedeutung der Schriftform für Vertriebsbindungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 34 GWB), DB 60, 255
Droste, Hans,	Die Regelung der vertikalen Preisbindung im neuen Kartellgesetz, DB 58, 99
Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1959
Enneccerus, Ludwig - Lehmann, Heinrich,	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
Ehle, Dietrich,	Der Empfehlungs- und Umgehungstatbestand in § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, WuW 63, 972 u. WuW 64, 308
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Münster 1962

Fikentscher, Wolfgang,	Zum Recht der Diskriminierungen im GWB, WuW 58, 257
Fikentscher, Wolfgang,	"Sonstige Verträge" im GWB, in Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Alfred Hueck München/Berlin 1959
Fikentscher, Wolfgang,	Die vertikale Preisempfehlung München/Berlin 1960
Fikentscher, Wolfgang,	Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 61, 788
Fikentscher, Wolfgang, - Großfeld, Bernhard,	Abgabe und Zugang formbedürftiger Willenserklärungen - dargestellt am Beispiel des Sammelreversverfahrens bei Preisbindungen, ZHR 62, 4
Flume, Werner,	Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf 1958
Franzen, Hans - Boekle, Hein M.,	Kernfragen im Übergangsrecht der vertikalen Preisbindung, WuW 58, 195
Gabriel, Siegfried,	Zur Preisbindung der zweiten Hand, WuW 54, 683 ff
Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v.,	Die Durchsetzung der Preisbindung im Verletzungsprozeß, NJW 59, 964
Giefers, Hans-Werner,	Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht, Köln/Berlin 1960
Gleiss, A. - Steiner, K.,	Aus der Kartellrechtspraxis: Einige technische Einzelfragen zur vertikalen Preisbindung, BB 58, 281
Gleiss, A.,	Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft, BB 58, 431

Gleiss, A.,	Wirtschaftliche Preisbindung im Schatten der rechtlichen, BB 58, 609
Gleiss, A.,	Zweifelsfragen der Preisbindung, HBlatt, Nr. 69 vom 16. VI. 1958
Gleiss, Alfred - Kracht, Friedrich,	Vertikale Preisempfehlungen und wirtschaftliche Preisbindungen, MA 64, 35
Gnam, Arnulf,	Die "unverbindliche" Preisempfehlung im Dekartellierungsrecht, NJW 52, 133
Goldbaum, Wenzel,	Die neue Kartellverordnung vom 26. Juli 1930 nebst Ausführungsbestimmungen vom 30. August 1930, Berlin 1930
Günther, Eberhard,	Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 57, 35
Günther, Eberhard,	Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des GWB, MA 57, 269
H.,	Empfehlungen von Wiederverkaufspreisen für Markenartikel unstatthaft?, WRP 58, 40
Hax, Herbert,	Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, Köln und Opladen 1961
Hefermehl, Wolfgang,	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 8. 10. 58 (WuW 58, 783 ff), GRUR 58, 626
Hengstenberg, W.,	Verstoßen Bruttopreislisten gegen das GWB? WuW 58, 439
Hirsch, Ernst, E.,	Kontrolle wirtschaftlicher Macht, Bern 1958
Hölder, Eduard,	Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB, München 1900

Hoth, Jürgen,	Inhalt, Sinn und Zweck des § 38 II S. 2 GWB, WRP 58, 289 und 59, 99
Huber, Ernst Rudolf,	Das Empfehlungsverbot, Stuttgart 1959
Kamberg, Hans W.,	Rationalisierung und Kartellrecht, WuW 53, 284
Kartte, Wolfgang,	Zur Schriftform des Preisbindungsvertrags unter besonderer Berücksichtigung der Sammelreversverfahren, DB 60, 1.059
Kartte, Wolfgang,	Vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren und Diskriminierungsverbot, WuW 62, 241
Katzler, Carl v.,	"Empfehlungen" im Kartellrecht, WuW 52, 342
Kaufmann, Heinz - Rautmann, Hans-Günther - v. Hahn, Helmut - Hoffmann, Dietrich - Kreifels, Max - Frühauf, Martin - Lehmann, Jürgen,	Kommentar zum GWB, sog. Frankf. Komm., Köln 1964
Kirschstein , Friedrich,	Zur Anmeldung der Preisbindung einer Markenware nach § 16 GWB, WRP 58, 39
Kirschstein, Friedrich,	Die Form des Preisbindungsvertrages nach dem GWB, WRP 58, 129
Kirschstein, Friedrich,	Rechtliche und wirtschaftliche Preisbindung einer Markenware nach § 16 GWB, WuW 58, 527 ff
Knöpfle, Robert,	Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 62, 159
Koenig, Dieter,	Vertikale Preis- und Konditionenbindung nach deutschem und EWG-Kartellrecht, Berlin/Frankfurt 1965

Koenigs, Folkmar,	Wechselwirkung zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 61, 1.041
Koenigs, Folkmar,	Schutz der Preisbindung gegen Unterbietung durch Außenseiter, Jus 65, 384
Kosiek, Kurt,	Einzelprobleme bei der vertikalen Preisbindung (§ 16 GWB), Dissertation, Münster 1962
Kracht, Friedrich,	Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 17. IV. 1958 (BB 58, 461 ff), BB 58, 465 ff
Langen, Eugen - Wilke, Hans-Ulrich,	Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, Neuwied 1958
Lange, Eugen,	"Empfehlung" und "wirtschaftliche Bindung", NJW 59, 462
Lanzenberger, Fritz,	Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten (insbesondere Preisbindung, Diskriminierung und Boykott), GRUR 58, 593
Larenz, Karl,	Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 56, 1897
Larenz, Karl,	Lehrbuch des Schuldrechts, 7. Auflage, München/Berlin 1964/65
Larenz, Karl,	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960
Larenz, Karl,	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage, München/Berlin 1963

Lehmann, Heinrich,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Auflage, Berlin 1963
Leo, Hans-Christoph,	Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 59, 485
Leonhard, R.,	Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900
Lieberknecht, Otfried,	Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen? MA 58, 231
Linhard, H. - Stöhr, G.,	Zulässigkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen nach dem GWB, BB 57, 1.021
Löffler, Martin - Glaser, Hans,	Erstreckt sich das "Kartellprivileg" der Markenfirmen und Verlagsunternehmen auch auf Preisempfehlungen? DB 58, 535
Loos, Gerold,	Empfehlungen von Wiederverkaufspreisen unter dem GWB, BB 58, 176
Loos, Gerold,	Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 16. IV. 1958 (BB 58, 461), BB 58, 572
Loos, Gerold,	Preisbindung und horizontale Wettbewerbsbeschränkung im Handel, BB 58, 1.217
Lukes, Rudolf,	Der Kartellvertrag München/Berlin 1959
Lukes, Rudolf,	Aktuelle Probleme der Preisbindung zweiter Hand und der Preisempfehlung, Jus 1962, 161
Lukes, Rudolf,	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3. 6. 64 (NJW 64, 1955 ff), NJW 64, 1.955

Lukes, Rudolf,	Die Beweislast bei der Preisbindung zweiter Hand, ZZP 64, 78
Lutz, Hans,	Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden? NJW 58, 128
Mayer-Wegelin, Heinz,	Die Empfehlung im Sinne des § 38 II GWB, DB 58, 187
Mayer-Wegelin, Heinz,	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1962
Marcetus, Karl,	Die Zulässigkeit der Ankündigung von Verbraucherpreisen durch den Hersteller, WRP 58, 228
Markenverband, Erläuterungen des	Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Kartellgesetz, MA 57, 425
Mellerowicz, Konrad,	Markenartikel - Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung München/Berlin 1955
Meyer-Cording, Ulrich,	Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen, NJW 53, 565
Meyer-Cording, Ulrich,	Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 62, 461
Müllensiefen, H. - Dörinkel, W.,	Kartellrecht, 3. Auflage, Berlin 1938
Müller, Heinz - Gries, Gerhard,	Kommentar zum GWB, Frankfurt 1958
Müller-Henneberg, Hans - Schwartz, Gustav,	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, sog. Gem. Komm., (zitiert: Müller-Henneberg usw. im Gem. Komm.) Köln/Berlin 1. Aufl. 1958 und 2. Aufl. 1963

Oertmann, Paul,	Entgeltliche Geschäfte, München 1912
Palandt, Otto,	Bürgerliches Gesetzbuch, 25. Aufl. München/Berlin 1966
Paul, Willy,	Die wirtschaftliche Preisbindung - Ein Ersatz für die Preisempfehlung?, DB 58, 1.149
Paul, Willy,	Preisempfehlung und wirtschaftliche Preisbindung, DB 58, 1.319
Pinder, Wolfgang,	Kritik und Vorschlag zum kartellgesetzlichen Empfehlungsverbot, DB 57, 597
Pinder, Wolfgang,	Erstreckt sich das"Kartellprivileg" der Marken- und Verlagsfirmen auch auf Preisempfehlungen?, DB 58, 828
Pollert, Ernst,	Die Preisbildung bei Markenartikeln und ihre Beziehungen zur Absatzpolitik, Dissertation, Berlin 1930
Rasch, Harold,	Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 2. Auflage, Herne/Berlin 1958
Reimann, Günther,	Der BGH und die Anmeldung der Empfehlung von Wiederverkaufspreisen bei Markenwaren, BB 58, 1.115
Reimer, Eduard,	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Auflage, Köln/Berlin 1954
Reuß, Karl-Friedrich,	Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP 154, 489
Rittner, Fritz,	Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957

Röper, Burkhardt,	Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln, Tübingen 1955
Schär, Felix Fritz,	Die Preisbindung der zweiten Hand, Winterthur 1959
Schmitz, Werner G.,	Das GWB und seine Konzeption, NJW 57, 1.705
Schwartz, Gustav,	Meinungsstreit um die Empfehlung von Wiederverkaufspreisen, MA 58, 505
Schwartz, Gustav,	Teil- oder Gesamtnichtigkeit bei unwirksamen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen?, WuW 61, 838
Seydel, Helmut,	Empfehlungen nach dem GWB, WRP 57, 254
Simitis, Spiros,	Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt 1957
Sölter, Arno,	Preislisten - Ein unerläßliches Instrument, HBlatt Nr. 109 vom 17.IX.58
Sölter, Arno,	Bruttopreise vereinfachen die Kalkulation, HBlatt Nr. 111 vom 22. IX. 58
Soergel, H. Th. - Siebert, W.,	Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, Stuttgart 1959
Tetzner, Heinrich,	Kartellrecht, München/Berlin 1965
Tuhr, Andreas v.,	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München/Leipzig 1918
Völp, Fromut,	Kartellrechtliche Konsequenzen aus dem BGH - Urteil über Preisempfehlungen, WRP 58, 326

Völp, Fromut, Vertikale Preisempfehlung für Markenwaren im Widerstreit, WuW 60, 762

Völp, Fromut, Preisbindung für Markenartikel, Münster 1961

Wahl, Eduard, Formprobleme des neuen Kartellgesetzes, JZ 58, 148

Würdinger, Hans, Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft, WuW 58, 503

Zondler, Paul, Die Preisbindung der zweiten Hand, Zürich 1938

Einleitung

Eine Vielzahl markt- und absatzpolitischer Gründe läßt Unternehmen (Hersteller, Großhändler usw.) häufig bestrebt sein, auf die Wiederverkaufspreise der von ihnen gelieferten Waren durch irgendwelche Maßnahmen Einfluß zu gewinnen. Der Spielraum der von Industrie und Handel angewandten Beeinflussungsmaßnahmen reicht von der vertraglichen Vereinbarung eines festen Wiederverkaufspreises bis zur Äußerung der völlig unverbindlichen Anregung, einen bestimmten Wiederverkaufspreis zu verlangen. Derartigen Preisstellungen steht das GWB wegen ihrer in der Regel wettbewerbsbeschränkenden Wirkung grundsätzlich ablehnend gegenüber (vgl. die §§ 15,38 [1]). Lediglich im § 16 werden ausdrücklich zwei Arten der Preisstellung - die rechtliche und die wirtschaftliche Bindung von Wiederverkaufspreisen - unter ganz bestimmten, engen Voraussetzungen zugelassen. Während völlige Einigkeit darin besteht, daß unter rechtlicher Bindung die vertragliche Verpflichtung des Abnehmers zur Einhaltung eines bestimmten Wiederverkaufspreises zu verstehen ist, ist der Begriff der wirtschaftlichen Bindung lebhaft umstritten. Die Scala der denkbaren und vertretenen Möglichkeiten beginnt mit der Auffassung, daß jede erfolgreiche Beeinflussung der Wiederverkaufspreise eine wirtschaftliche Bindung sei und endet mit der Ansicht, daß es eine wirtschaftliche Bindung überhaupt nicht gebe. Von der Deutung der "wirtschaftlichen Bindung" hängt es ab, ob das Gesetz neben der rechtlichen Bindung noch weitere Preisstellungen ausdrücklich zuläßt

---

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des GWB.

und von welcher Art diese sind. Die Beantwortung dieser Frage ist von höchster praktischer Bedeutung, da von Unternehmen infolge ihres häufig erheblichen Interesses an einer Beeinflussung der Wiederverkaufspreise der von ihnen in den Handel gebrachten Waren immer wieder versucht wird, an Stelle der oft nur schwer einzuführenden und zu handhabenden verpflichtenden (nach der h. L. also rechtlichen) Bindung auf andere Preisstellungsmöglichkeiten auszuweichen, während die Praxis des Bundeskartellamtes die Tendenz verfolgt, die Preisstellung möglichst auf die verpflichtende Bindung zu begrenzen. Mit der ausdrücklichen Zulassung einer wirtschaftlichen Bindung scheint das GWB weitere Möglichkeiten der Preisstellung zu eröffnen. Diese Bedeutung der Klärung der wirtschaftlichen Bindung wird auch nicht dadurch gemindert, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes [1] und der Praxis des Bundeskartellamtes [2] auch die an sich durch § 38 II verbotenen unverbindlichen Preisempfehlungen in Analogie zu § 16 unter den gleichen Voraussetzungen wie eine Preisbindung zulässig sind. Weder ist der Begriff der Preisempfehlung bisher völlig geklärt, noch kann die analoge Anwendung des § 16 überhaupt und der derzeit vom Bundeskartellamt praktizierte Umfang seiner Anwendung auf Preisempfehlungen als gesicherter Bestand der Rechtslehre angesehen werden. Nicht unerhebliche Stimmen bekämpfen die analoge

---

1) BGH WuW 58, 783 ff und NJW 63, 2115 ff.

2) Bekanntmachung des BKA vom 20. 4. 60 in WuW 60, 435 f; dazu erläuternder Brief des Präsidenten des BKA vom 29. 6. 60 in WuW 60, 661 f.

Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen [1] oder wollen seine Anwendung geändert wissen [2]. Es steht zu erwarten, daß gerade eine Untersuchung der wirtschaftlichen Bindung erhebliche Rückschlüsse auf diese zur Behandlung der Preisempfehlung bestehenden Streitfragen zuläßt, daß sie möglicherweise sogar der analogen Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen die Grundlage entzieht, weil die Möglichkeiten der wirtschaftlichen Bindung sich als so weitgehend herausstellen, daß für eine Zulassung unverbindlicher Empfehlungen kein Bedürfnis mehr besteht. Ferner ist nicht ausgeschlossen, daß eine Klärung der wirtschaftlichen Bindung auch Auswirkungen auf die bisher allgemein anerkannte Begriffsbestimmung der rechtlichen Bindung hat und insoweit zu einer Neuformung zwingt.

Diese Arbeit sucht daher zur Klärung der wirtschaftlichen Bindung beizutragen. Zu Beginn der Untersuchung war darzulegen, welche Gründe Unternehmen veranlassen, die Wiederverkaufspreise der von ihnen gelieferten Waren zu beeinflussen und welcher Methoden der Preisstellung man sich dabei bedient. Nach einem kurzen Überblick über die gesetzliche Regelung der Preisstellung im GWB folgt die eigentliche Untersuchung des Begriffs der wirtschaftlichen Bindung. Diese gliedert sich in die Wiedergabe der bisher in Literatur und Rechtsprechung zur rechtlichen und wirtschaftlichen Bindung vertretenen Meinungen und die eigene Stellungnahme. Die

---

1) Baumbach-Hefermehl § 38 GWB Anm. 29; Fikentscher S. 100 f; Giefers S. 107; Lukes Jus 62, 218; Hefermehl GRUR 58, 627.

2) Für Anwendung nur auf faktisch bindende Empfehlungen z. B. Huber S. 108 f; Völp WRP 58, 331.

Entwicklung und Begründung eines eigenen Standpunktes umfaßt drei Stufen. Zunächst war der Begriff der Bindung überhaupt - unabhängig von ihrem evtl. rechtlichen oder wirtschaftlichen Charakter - zu erörtern. Auf Grund der dabei gefundenen Ergebnisse war anschließend zu untersuchen, welche der zu Beginn der Arbeit dargestellten wesentlichen Preisstellungsmethoden von § 16 erfaßt werden. Erst in der dritten Stufe konnte dann versucht werden, die von § 16 erfaßten Preisstellungen in rechtliche und wirtschaftliche Bindungen zu scheiden und so eine Definition der rechtlichen und vor allem der wirtschaftlichen Bindung zu entwickeln. Im folgenden war dann die wirtschaftliche Bindung von der Preisempfehlung abzugrenzen und darzustellen, welche Rückschlüsse sich aus den zur wirtschaftlichen Bindung erzielten Ergebnisse für die Preisempfehlungen, insbesondere ihre analoge Zulassung nach § 16 ziehen lassen. Zum Schluß der Arbeit mußte nach einer kurzen Erörterung der rechtspolitischen Bedeutung des gefundenen Ergebnisses noch auf einige für die praktische Handhabung der wirtschaftlichen Bindung bedeutsame Frageneingegangen werden.

1. Teil

Die Preisstellung durch den Hersteller, ihre Ursachen, ihre Erscheinungsformen und ihre gesetzliche Regelung im Überblick

1. Abschnitt

Gründe für eine Preisstellung von Herstellerseite

Es ist im Wirtschaftsleben außerordentlich häufig, daß ein Unternehmer die Abnehmer seiner Waren beeinflußt, diese nur zu von ihm festgesetzten Preisen weiterzuverkaufen [1]. Die Gründe, die einen Hersteller zu einer solchen Beeinflussung der Wiederverkaufspreise veranlassen können, sind zahlreich [2]. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung können wir uns auf die Erörterung der Ursachen beschränken, die eine Preisstellung für Markenwaren veranlassen.

In erster Linie veranlaßt den Hersteller die durch den Festpreis hervorgerufene Stärkung des "good will" von Produzent und Ware zur Einführung der Preisstellung [3]. In der Vorstellung des Publikums ist Festpreis

---

1) Nach dem Stande vom 31.12.1963 hatten nach dem Bericht des BKA für 1963 (BT-Drucks.IV/2370) 7.205 Unternehmen für 159.112 Erzeugnisse eine Preisbindung angemeldet. Dazu kamen noch 852 Unternehmen, die 23.130 Erzeugnisse mit unverbindlichen Preisempfehlungen angemeldet hatten.

2) Eine Beeinflussung der Wiederverkaufspreise kann statt vom Hersteller auch von einem Großhändler oder ähnlichen Unternehmen, die Waren nicht direkt an Endverbraucher liefern, ausgehen. Im Interesse einer einfachen Darstellung soll im folgenden von der Preisstellung durch den Hersteller ausgegangen werden.

3) Lukes Jus 62, 162; Giefers S. 24; Gabriel S. 693; Mellerowicz S. 95; Pollert S. 44; Röper S. 144; Zondler S. 76 f; Begr. zu § 11 RegE (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.085 f).

und Qualität der Ware psychologisch verknüpft. Ist eine Ware bestimmter Marke bei verschiedenen Händlern zu unterschiedlichen Preisen zu erhalten, so schließt der Verbraucher auf eine schwankende Qualität der angebotenen Ware. Damit entfällt in der Vorstellung des Verbrauchers der Hauptvorteil der Ware einer bestimmten Marke, nämlich die Garantie stets gleichbleibender hoher Qualität. Zudem wird durch eine unterschiedliche Preisgestaltung des Einzelhandels das Vertrauen der Käufer auf die Preiswürdigkeit dieser Markenware überhaupt erschüttert. Ein "Preiskrieg" auf der Einzelhandelsstufe gefährdet infolgedessen den Werbewert einer Marke ganz erheblich. Der überall gleiche Festpreis hingegen übt eine beachtliche Werbewirkung aus. Er erscheint der großen Masse der Käufer als günstig und als Ausdruck einer gleichbleibenden, hohen Qualität.

Eine Preisstellung gibt dem Hersteller weiter die Möglichkeit, seine Absatzpolitik autonom, d.h. unabhängig vom Willen des Zwischenhandels zu gestalten [1]. Durch eine Preisstellung kann der Hersteller die Handelsspannen und die Einzelhandelspreise der jeweiligen Wettbewerbslage auf dem Markt anpassen, um so einen höchst möglichen Absatz und Gewinn zu erzielen. So kann beispielsweise ein Fabrikant, der sich von einer Preissenkung seiner Produkte eine Umsatzsteigerung verspricht, beim Vorliegen einer Preisstellung die Endverbraucherpreise unter gleichzeitiger Verringerung der Handelsspannen oder der Fabrikabgabepreise herabsetzen, ohne daß ihm diese absatzpolitische Maßnahme vom Handel ohne weiteres zunichte gemacht werden könnte. Besteht dagegen keine Preisstellung, so kann der

---

1) Lukes Jus 62, 162; Röper S. 80; vgl. auch Hax S. 53 f.

Hersteller die Endverbraucherpreise nur über den Fabrikabgabepreis beeinflussen, wobei stets die Gefahr besteht, daß Preissenkungen vom Handel nicht oder nur unzureichend weitergegeben werden.

Durch eine Preisstellung der Einzelhandelspreise kann der Hersteller den Händlern eine gesicherte Spanne bieten [1]. Dies wirkt sich umsatzsteigernd aus, da die von einer Preiskonkurrenz nicht gefährdete Handelsspanne so bemessen werden kann, daß sie für den Handel ein Anreiz ist, sich für den Absatz der betreffenden Ware besonders einzusetzen. Hier kann sich das Interesse des Herstellers an einer Preisstellung mit dem der Händler decken. Es ist daher sogar nicht ausgeschlossen, daß der Handel vom Hersteller die Einführung der Preisstellung verlangt, um in den Genuß gesicherter Handelsspannen zu gelangen [2]. Die gesicherte Handelsspanne ermöglicht es aber auch kleinen und umsatzschwachen Einzelhändlern, die Markenware in ihr Sortiment aufzunehmen, so daß die Ware überall und stets zum gleichen Preis zu erhalten ist. Ferner kann sich eine Preisstellung für den Hersteller dadurch umsatzfördernd auswirken, daß die Angabe von Wiederverkaufspreisen dem einzelnen Händler die Kalkulation erleichtert [3]. Es ist für den kleinen Einzelhändler oft ungeheur schwer, wenn nicht gar unmöglich, für jeden einzelnen Artikel seines viel-

---

1) Giefers S. 24; Gabriel S. 697; Mellerowicz S. 95; Röper S. 146; Pollert S. 44; Zondler S. 80.

2) Giefers S. 24 bringt ein Beispiel aus der Rundfunkindustrie.

3) Lukes Jus 62, 162; Giefers S. 24; Söler HBlatt vom 17. 9. 58 Nr. 109 und HBlatt vom 22. 9. 58 Nr. 111.

leicht umfangreichen Sortiments eine individuelle Kalkulation durchzuführen. Führt der Hersteller jedoch eine Preisstellung ein, so erübrigt sich für den Einzelhändler durch die Übernahme der vom Hersteller festgesetzten Bruttopreise die Kalkulation der Endverbraucherpreise. Dabei kann der Händler regelmäßig darauf vertrauen, daß der Hersteller infolge seiner besseren Sachkenntnis und seines Interesses am Funktionieren des Vertriebs seiner Ware die Bruttopreise so festlegt, daß dem Einzelhandel eine ausreichende Handelsspanne verbleibt. Die Angabe eines Festpreises ist daher für den Handel eine nicht unbeträchtliche Verkaufshilfe.

Der Hersteller einer Markenware führt also eine Preisstellung regelmäßig deshalb ein, weil er sich von der Werbewirkung des Festpreises, den Auswirkungen einer autonomen Preispolitik, dem Anreiz sicherer Handelsspannen und der durch die Angabe von Bruttopreisen gegebenen Kalkulationshilfe eine Umsatzsteigerung verspricht. An dieser Tatsache ändert es auch nichts, daß der Eintritt dieser für den Hersteller günstigen Folgen im wirtschaftlichen Schrifttum teilweise recht umstritten ist.

2. Abschnitt

Erscheinungsformen der Preisstellung durch den Hersteller

Es sind zahlreiche Wege denkbar, auf denen ein Hersteller auf die Preisbildung seiner Abnehmer Einfluß

nimmt [1]. Industrie und Handel haben sich - je nach Wirtschaftszweig, Marktstellung und Veranlassung - der unterschiedlichsten Formen der Preisbeeinflussung bedient. Im folgenden soll versucht werden, die wesentlichsten denkbaren Möglichkeiten einer Preisstellung durch den Hersteller ohne Rücksicht auf ihr praktisches Vorkommen aufzuzeigen, um zunächst die tatsächlichen Verhältnisse klarzustellen, an die sich dann die rechtliche Einordnung und Würdigung anschließen kann.

Preisstellung ist jede bewußte Einflußnahme eines Herstellers auf die Preisgestaltung seiner Abnehmer. Die im folgenden versuchte Einteilung der Preisstellungen soll daher an das jeweils vom Hersteller zur Preisbeeinflussung verwandte Mittel anknüpfen. Dabei kann festgestellt werden, daß jede Preisbeeinflussung durch den Hersteller eine Preismitteilung an den Abnehmer voraussetzt. Im übrigen lassen sich nach der Art der eingesetzten Mittel die Preisstellungen zunächst in zwei Hauptgruppen einteilen. Die eine umfaßt Preisstellungen, die zu ihrer Bewirkung einer Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Abnehmer bedürfen (zweiseitige Preisstellungen). Hierhin gehören vor allem die Preisstellungen, die auf einem Vertrage beruhen, wie beispielsweise die durch Verpflichtung. Die andere besteht aus den Preisstellungen, die durch einen einseitigen Willensakt des Herstellers herbeigeführt werden (einseitige Preisstellungen). Dazu zählen u.a. die Preisstellungen, die vom Hersteller durch das Androhen irgendwelcher Nachteile für den Fall der

---

1) Es gibt einstufige (einfache) und mehrstufige Preisstellungen. Eine mehrstufige Preisstellung liegt vor, wenn die Ware bis zum Endverbraucher mehrere Handelsstufen durchläuft (z.B. Hersteller - Großhändler - Einzelhändler - Verbraucher) und die Preisstellung

Preisdurchbrechung bewirkt werden. Diese beiden Hauptgruppen lassen sich weiter unterteilen nach der Intensität der Preisbeeinflussung, zu der das vom Hersteller eingesetzte Mittel im allgemeinen fähig ist.

A) Die zweiseitigen Preisstellungen

I. Die Preisstellung durch Verpflichtung

Daß der Hersteller seine Abnehmer vertraglich verpflichtet, die von ihm für seine Güter festgesetzten Wiederverkaufspreise einzuhalten, gehört zu den in der Wirtschaftspraxis mit am häufigsten vertretenen Formen einer Preisstellung. Es dürfte sich hierbei um die intensivste Form der Preisstellung überhaupt handeln. Durch den Vertrag erhält der Hersteller einen einklagbaren Anspruch auf Beachtung seiner Festpreise. Im einzelnen bieten sich zur Begründung eines solchen vertraglichen Anspruchs mehrere Wege. Der Hersteller kann die vertragliche Verpflichtung des Abnehmers zur Einhaltung der vorgeschriebenen Wiederverkaufspreise in jedem einzelnen Liefervertrage festlegen. Dac ist möglich durch eine jedesmalige entsprechende Individualvereinbarung - was allerdings nur bei der Lieferung hochwertiger Güter an einen kleinen Kreis von Abnehmern, wo noch jeder Liefervertrag einzeln ausgehandelt wird, vorkommen wird - oder durch Aufnahme einer entsprechenden Festpreisklausel in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten. Üblicherweise werden jedoch zur Be-

---

1) Fortsetzung S. 9

von Stufe zu Stufe weitergegeben wird. Von einer einstufigen Preisstellung hingegen spricht man, wenn der Hersteller nur die Preisgestaltung seines unmittelbaren Abnehmers (Großhändlers oder Einzelhändlers) beeinflußt. Um die Darstellung übersichtlich zu halten, soll im folgenden, soweit nichts anderes gesagt ist, stets von der einfachen Preisstellung ausgegangen werden.

gründung dieser Form der Preisstellung den Händlern vom Hersteller gleichlautende Verpflichtungsscheine (sog. Reverse) übersandt, in denen sich die Händler durch ihre Unterschrift für alle zukünftigen Geschäfte mit dem Hersteller verpflichten, für die von ihm bezogenen Waren die festgesetzten Preise einzuhalten. Juristisch handelt es sich bei diesen Reversverpflichtungen nach h. L. um Rahmenverträge, da in diesen Reversen Bestandteile zukünftiger Verträge einheitlich im voraus geregelt werden [1]. Eine solche Rahmenverpflichtung wird allerdings häufig auch in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Herstellers aufgenommen. Diese Formen der vertraglichen Verpflichtung zur Festpreiseinhaltung sind die typischen Musterfälle der sogenannten Preisbindung der zweiten Hand [2].

II. Die Preisstellung durch rechtliche Verbindung von Vor- oder Nachteilen mit der Preisein- oder Nichteinhaltung

Der Hersteller ist nicht auf den Weg der Verpflichtung angewiesen, um auf die Preisgestaltung seiner Abnehmer beim Wiederverkauf Einfluß zu nehmen. Im folgenden werden drei sehr ähnliche Formen der Preisstellung dargestellt, die wie die Preisstellung durch Verpflichtung nur durch einen Vertrag zwischen Hersteller und Abnehmer entstehen können. Ihnen ist gemeinsam, daß an die

---

1) Lukes Jus 62, 165.

2) Eine Beschreibung dieser Preisstellung durch Verpflichtung findet sich daher in allen Untersuchungen zur Preisbindung der zweiten Hand. Vgl. statt vieler Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 49 ff.

Ein- oder Nichteinhaltung der Preise gewisse Vor- und Nachteile geknüpft sind. In aller Regel wird diese Art der Preisstellung jedoch weniger intensiv auf die Preisgestaltung des Abnehmers einwirken als eine Verpflichtung.

1. Die Preisstellung durch konditionale Verknüpfung

Auch die Bedingung kann einen Antrieb zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung schaffen, wenn ihr Eintritt wirtschaftliche Vor- und Nachteile für den Vertragspartner hervorruft. Bei dieser Art der Preisstellung wird dem Abnehmer bei Nichteinhaltung der vom Hersteller vorgeschriebenen Verkaufspreise ein Nachteil zugefügt, sei es, weil ein Rechtsgeschäft mit benachteiligenden Wirkungen durch die Nichteinhaltung aufschiebend bedingt ist, sei es, weil ein dem Abnehmer vorteilhaftes Geschäft durch sie auflösend bedingt ist. Möglich ist auch, daß der Abnehmer bei Einhaltung des Festpreises für eine bestimmte Zahl von Waren oder einen bestimmten Zeitraum einen Vorteil erhält, sei es, daß ein vorteilhaftes Rechtsgeschäft durch die Preiseinhaltung aufschiebend bedingt ist, sei es, daß ein benachteiligendes Geschäft mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung entfällt [1]. Der Abnehmer ist hier im Gegensatz zu der oben angeführten Erscheinungsform der Preisstellung nicht zur Einhaltung des Festpreises verpflichtet, aber wirtschaftliche Erwägungen lassen es

---

1) Vgl. Giefers, S. 50; Paul DB 58, 1.321; Lukes Jus 62, 167; Frankf. Komm. § 15 Anm. 32; und ausführlich, allerdings für Ausschließlichkeitsbindungen, Rittner S. 37 f.

ihm geraten erscheinen, sich der Beeinflussung des Herstellers zu fügen. Im einzelnen bieten sich auch bei der Anwendung dieser konditionalen Preisstellung recht vielgestaltige Möglichkeiten, von denen hier nur die wesentlichen Formen angeführt werden sollen.

Zunächst kann die Nichteinhaltung der Festpreise eine auflösende Bedingung für den jeweiligen Liefervertrag bilden, so daß die Lieferverpflichtung des Herstellers in Fortfall gerät, wenn der Abnehmer die festgelegten Wiederverkaufspreise der ihm früher gelieferten Waren nicht einhält. Diese Möglichkeit ist allerdings nur in zwei Fällen von praktischer Bedeutung, nämlich für den noch nicht abgewickelten Teil von Sukzessivlieferungsverträgen und für solche Lieferungsverträge, die zwar abgeschlossen, aber vom Hersteller noch nicht erfüllt sind [1]. Hat der Hersteller bereits geliefert, so ist der Wegfall des Kaufvertrages unter dem Gesichtspunkt der Preisbeeinflussung für ihn ohne Interesse, da dann der Kaufvertrag nach Bereicherungsrecht abgewickelt wird, und er nicht ohne weiteres verhindern kann, daß der Abnehmer die gelieferten Waren noch zu einem beliebigen Preise weiterveräußert. Die auflösende Wirkung der Bedingung der Nichteinhaltung von Festpreisen muß sich aber keineswegs stets gerade auf den Liefervertrag beziehen. Sie kann auch andere für den Abnehmer vorteilhafte Rechtsgeschäfte in Wegfall bringen. So können etwa Preisnachlässe, die der Hersteller dem Abnehmer gewährt hat, zurückzuerstatten sein oder bei einem Sukzessivlieferungsvertrage für die Zukunft wegfallen. Ebenso ist es denkbar, daß durch die Nichteinhaltung ein Darlehen des Herstellers an den Abnehmer unwirksam wird und nun zurückzuerstatten ist.

---

1) Vgl. Giefers S. 50.

Möglich ist auch, daß durch die Nichteinhaltung der Preisangaben ein den Abnehmer benachteiligendes Rechtsgeschäft wirksam wird. Zu denken ist hier vor allem an ein selbständiges Strafversprechen. Ein solches liegt vor, wenn jemand eine Strafe verspricht für den Fall, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt, zu der er weder verpflichtet ist, noch sich hierdurch verpflichtet [1]. Das Fehlen einer zu sichernden Verpflichtung ist der entscheidende Unterschied zur Vertragsstrafe des § 339 BGB, die auch als unselbständiges Strafversprechen bezeichnet wird. Ein solches selbständiges Strafversprechen stellt eine Preisstellung dar, wenn der Abnehmer, ohne sich zur Einhaltung der festgesetzten Preise zu verpflichten, dem Hersteller eine bestimmte Strafe unter der aufschiebenden Bedingung verspricht, daß er die festgelegten Wiederverkaufspreise nicht einhält. Auch hier liegt eine Beeinflussung der Preisgestaltung durch wirtschaftlichen Druck vor, denn der Abnehmer hat mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen, wenn er die Bedingung zum Eintritt bringt und so die Erwartung des Herstellers enttäuscht.

Geeignet zur Preisbeeinflussung durch den Hersteller ist auch der dem Strafversprechen entgegengesetzte Fall, nämlich daß der Produzent seinem Abnehmer eine Vergünstigung unter der Bedingung der Einhaltung des Festpreises für eine bestimmte Menge von Waren oder einen bestimmten Zeitraum verspricht. In Betracht wird hier vor allem ein aufschiebend bedingtes Rabattversprechen kommen, etwa derart, daß der Hersteller seinem Abnehmer

---

1) Palandt - Danckelmann Vorbem. zu § 339 BGB Anm. 2a; Enneccerus - Lehmann § 37 I 2.

nachträglich einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises nachläßt, wenn dieser den Wünschen des Produzenten hinsichtlich der Wiederverkaufspreise in der Zwischenzeit nachgekommen ist. Es handelt sich dann um eine Art von Treurabatten [1]. Als bedingt versprochene Vergünstigungen sind jedoch auch andere Leistungen z.B. eine Kreditgewährung denkbar.

Als letzter Fall sei hier noch die allerdings kaum in der Praxis vorkommende Möglichkeit erwähnt, daß ein den Abnehmer zunächst benachteiligendes Rechtsgeschäft unter der auflösenden Bedingung der Preiseinhaltung unwirksam wird.

Die Bedingung bietet also zahlreiche Möglichkeiten, durch die mit ihrem Eintritt verbundenen Vor- oder Nachteile den Abnehmer zu einer bestimmten Preisgestaltung zu beeinflussen. Die Bedingung setzt jedoch stets - dies hat sie mit der Übernahme einer Verpflichtung gemeinsam - einen Vertrag voraus. Sie ist nur denkbar als rechtsgeschäftlicher Bestandteil eines Vertrages. In den einzelnen Vertrag kann die Bedingung ebenso wie die Verpflichtung durch Individualvereinbarung, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen oder - was allerdings kaum praktisch ist - durch Reverse eingeführt werden.

2. Die Preisstellung durch Rücktrittsvorbehalt

Von der auflösenden Bedingung ist nur schwer der Vorbehalt eines Rücktrittsrechts (Kündigungsrecht bei Sukzessivlieferungsverträgen) zu trennen, da die prakti-

1) Vgl. Benkendorff WuW 54, 148; Baumbach-Hefermehl Vorbem. zu § 1 RabG Anm. 2; Fikentscher S. 22; Rittner S. 37 f.

schen Wirkungen im wesentlichen gleich sind [1]. Es wird daher sehr häufig nicht eine auflösende Bedingung für das Rechtsgeschäft, sondern ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Festpreise vorliegen [2]. Dieses Rechtsgeschäft, für das das Rücktrittsrecht vereinbart worden ist, muß nicht der Liefervertrag selbst sein, sondern es kann wie bei der auflösenden Bedingung auch ein beliebiges anderes Geschäft sein, etwa ein Darlehen. Auch das Rücktrittsrecht ist wie die Bedingung nicht unabhängig von einem Vertrage denkbar. Es ist stets rechtlicher Bestandteil eines Vertrages.

3. Die Preisstellung durch kausale Verknüpfung

Auf die Möglichkeit einer Beeinflussung des Abnehmers durch kausale Verknüpfung hat Rittner [3] für die Ausschließlichkeitsbindung hingewiesen, also für den Fall, daß der Abnehmer vom Hersteller beeinflußt wird, bestimmte Verträge in Zukunft nur mit ihm (positive Form) oder nicht mit anderen Herstellern (negative Form) zu schließen. Die kausale Verknüpfung ist jedoch nicht minder zur Beeinflussung des Abnehmers hinsichtlich der von ihm einzuhaltenden Wiederverkaufspreise geeignet. Die Preisstellung besteht in diesen Fällen darin, daß der Hersteller dem Abnehmer eine Zuwendung macht, in der - zwischen den Parteien vertraglich verabredeten - Erwartung, daß der Abnehmer keine anderen Wiederverkaufspreise verlangt, als ihm vom Hersteller vorge-

---

1) Lehmann § 35 A IV 1.

2) Paul DB 58, 1.322; Frankf. Komm. § 15 Anm. 32.

3) S. 39

schrieben sind. Diese Form der Preisstellung ist eng mit der durch auflösende Bedingung verwandt. Entspricht nämlich der Abnehmer nicht der vertraglich vereinbarten Erwartung des Herstellers hinsichtlich seiner Preisgestaltung beim Wiederverkauf, so ist der mit der geleisteten Vergünstigung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten und der Abnehmer muß den erhaltenen Vorteil nach § 812 I Satz 2 a. E. BGB wieder herausgeben. Ein solcher Fall der Preisstellung liegt z.B. vor, wenn sich Hersteller und Abnehmer darüber einig sind, daß der Hersteller einen besonderen Preisnachlaß nur deshalb gewährt, weil er erwartet, daß der Händler die angegebenen Endverbraucherpreise beim Weiterverkauf einhält. Auch hier liegt - ähnlich wie bei der auflösenden Bedingung und dem Rücktrittsvorbehalt - keine Verpflichtung des Abnehmers zur Einhaltung bestimmter Preise vor. Die kausale Verknüpfung hat ferner mit der Bedingung gemeinsam, daß die Erwartung der Preiseinhaltung zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemacht, also vertraglich vereinbart sein muß [1]. Die Herausgabepflicht für den Fall der Durchbrechung der vorgeschriebenen Wiederverkaufspreise wirkt auf den Abnehmer als Druckmittel dahin, die Festpreise des Herstellers einzuhalten. Die praktische Bedeutung dieser Form ist allerdings gering, da regelmäßig eine auflösende Bedingung vereinbart sein wird.

III. Die Preisstellung durch "gentlemen agreement"

Auch die Form des "gentlemen agreement" eignet sich zur Preisbeeinflussung gegenüber den Abnehmern, wiewohl sie bedeutend häufiger bei Kartellvereinbarungen der Hersteller untereinander sein dürfte. [2] Das "gentlemen

1) Enneccerus-Lehmann § 224 I 2.
2) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 GWB Anm. 29.

agreement" setzt ähnlich wie die bisher beschriebenen Formen der Preisstellung eine Willensübereinkunft zwischen Hersteller und Abnehmer voraus. Es liegt vor, wenn die Parteien in einer Vereinbarung zwar übereinkommen, ein bestimmtes Verhalten zu beachten, sich aber nicht zu diesem Verhalten verpflichten, so daß keine einklagbaren Ansprüche aus dieser Vereinbarung entstehen [1]. Obwohl das "gentleman agreement" keine Verpflichtung begründet, ist es doch geeignet, eine Preisbeeinflussung zu bewirken, weil es meist aus Furcht vor gesellschaftlicher Verfehmung oder irgendwelchen sonstigen Nachteilen, die sich aus einer wirtschaftlichen Überlegenheit des Herstellers ergeben können (z.B. Abbruch der Geschäftsbeziehungen), eingehalten wird. Vor allem aber wird es dann Beachtung finden, wenn die Festlegung der Wiederverkaufspreise gerade oder auch im Interesse des Abnehmers liegt, etwa weil er einen auf die Handelsspanne drückenden "Preiskrieg" mit anderen Abnehmern desselben Herstellers vermeiden will. Trotz allem läßt sich jedoch feststellen, daß das "gentlemen agreement" im allgemeinen die am wenigsten intensive Form der Preisstellungen durch Willensübereinkunft ist, weil es in seiner reinen Form nicht mit ausdrücklichen Drohungen des Herstellers verbunden ist. Praktisch vorkommen wird diese Form der Preisstellung allerdings nur dann, wenn ein Hersteller an eine eng umgrenzte Zahl von Abnehmern liefert, denn bei einer größeren Zahl von Abnehmern wird es an dem für ein "gentlemen agreement" erforderlichen persönlichen Kontakt zwischen Hersteller und Abnehmer fehlen.

---

1) Vgl. Reuß AcP 154, 489 ff.

B) Einseitige Preisstellungen

I. Die Preisstellung durch besondere Druckmittel

Der Hersteller kann auf die Preisgestaltung seiner Abnehmer auch dadurch Einfluß nehmen, daß er für Preisbrecher bestimmte Sanktionen oder für preistreue Wiederverkäufer bestimmte Vergünstigungen ankündigt. So kann er z. B. bekanntgeben, daß er Preisdurchbrechungen durch Einstellung der Belieferung, Kontingentierung oder die Berechnung höherer Preise bei zukünftigen Bestellungen ahnden oder daß er Preistreue durch Sonderrabatte oder Sonderangebote belohnen werde. Im Gegensatz zu den oben A) beschriebenen zweiseitigen Preisstellungen geht die Einflußnahme auf die Preisgestaltung hier nicht von einer Übereinkunft zwischen Hersteller und Abnehmer aus, sondern sie beruht auf einer völlig einseitigen Maßnahme des Herstellers. Das schließt nicht aus, daß die Ankündigung der Nach- oder Vorteile auch in einem Vertrage enthalten sein kann, indem der Hersteller die Androhungen oder Versprechungen in den Text des Liefervertrages oder seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnimmt. Im Unterschied zu der oben A) II dargestellten Preisstellung sind aber dann die Nach- oder Vorteile nicht rechtlich mit dem Vertrage verknüpft, sondern sie sind nur rein tatsächlich mit dem Vertragsinhalt verbunden. Die Preisstellung wird nicht durch einen Vertrag, sondern nur anläßlich eines Vertrages bewirkt. Infolgedessen ist das Entstehen dieser Preisstellung auch nicht von der Zustimmung der Abnehmer abhängig [1]. In der Praxis

1) Der BGH WuW 58, 783 ff (789) spricht allerdings von einer vertraglichen Bindung, wenn die Vor- oder Nachteile in einem Vertrag angekündigt werden. Er würde also diese Erscheinungsform wohl der zweiseitigen Preisstellung unterstellen. Vgl. auch unten S. 31.

ist die Wirkung dieser Preisstellung die gleiche wie die der Preisstellung durch rechtliche Verbindung von Vor- oder Nachteilen mit der Preisein- oder Nichteinhaltung, und sie wird, wenn sie in einem Vertrag enthalten ist, oft nur schwer von einer Bedingung usw. zu unterscheiden sein.

II. Die Preisstellung durch Veröffentlichung der Wiederverkaufspreise und/oder Aufdruck der Wiederverkaufspreise auf der Ware selbst bzw. auf Aufstellgeräten o. ä.

Vielfach teilt der Hersteller die von ihm gewünschten oder für angemessen erachteten Endverbraucherpreise außer den Händlern auch dem breiten Publikum mit. Durch Inserate in der Presse, Filmwerbung und Reklamesendungen in Rundfunk oder Fernsehen kann der Hersteller bestimmte Bruttopreise veröffentlichen. Ebenso kann er durch Postwurfsendungen, durch Flugblätter oder seinen anderen Waren beigefügte Prospekte auf bestimmte Endverbraucherpreise hinweisen. Hier wird gerade durch die Publikation der Preise ein nicht unerheblicher Druck auf die Händler ausgeübt, die vom Hersteller angegebenen Preise zu beachten. Der Händler muß damit rechnen, daß jeder Kunde sein Geschäft mit einer ganz bestimmten Vorstellung von den Preisen der in Betracht kommenden Markenwaren betritt. Jede Änderung der vom Hersteller angegebenen Preise kann infolgedessen negative Auswirkungen auf das Zustandekommen des Geschäftes haben. Fordert der Händler höhere Preise, so setzt er sich der Gefahr aus, daß der Kunde an seiner Preiswürdigkeit zweifelt. Weicht der Händler aber von den veröffentlichten Preisen nach unten ab, so kann auch dies ungünstige Vorstellungen beim Kunden hervorrufen,

da derselbe daraus auf eine schlechte Qualität der angebotenen Ware schließen könnte.

Der Hersteller kann die Preisgestaltung seiner Abnehmer ferner dadurch beeinflussen, daß er die Bruttopreise auf der Ware selbst, auf ihrer Verpackung oder auf Aufstellern und sonstigen Verkaufshilfen aufdruckt. Dies kann neben einer Veröffentlichung der Wiederverkaufspreise geschehen, aber auch unabhängig von einer solchen [1]. Bei dieser Form der Preisstellung müßte der Händler die auf der Ware angegebenen Preise abändern, wenn er von ihnen abweichen will. Verlangt er nämlich höhere Preise als angegeben sind, so gerät er mit dem UWG in Konflikt, verlangt er aber niedrigere Preise, so verstößt er gegen das RabG [2]. Zudem würden auch hier wieder die vom Hersteller angegebenen Preise dem Publikum bekannt mit allen oben geschilderten Folgen, die dies bei einer Preisänderung durch den Einzelhändler haben kann. Der Einzelhändler, der von den aufgedruckten Preisen abweichen will, wäre somit gezwungen, die Preise entsprechend abzuändern. Regelmäßig werden aber die damit verbundene oft erhebliche Unbequemlichkeit und der Zeitaufwand den Abnehmer veranlassen, es bei den aufgedruckten Preisen zu belassen.

III. Die Preisstellung durch an den Abnehmer gerichtete Erklärung

Auch ohne irgendwelche Abmachungen über die Preisgestaltung mit dem Abnehmer zu treffen, zu drohen oder Vorteile zu versprechen oder sonst die Abnehmer unter

1) Ersterer Fall lag der Entscheidung des BGH WuW 58, 783 ff zu Grunde.

2) Vgl. Fikentscher S. 98.

Druck zu setzen, kann der Hersteller die Abnehmer beeinflussen, die angegebenen Wiederverkaufspreise einzuhalten. Er kann ihnen eine bestimmte Preisgestaltung nahelegen, indem er erklärt, daß er die Einhaltung bestimmter, von ihm angegebener Preise wünsche [1]. Der wesentliche Unterschied zu der oben B) I. beschriebenen Form besteht also darin, daß hier keinerlei Druckmittel angewandt wird. Ferner ist es möglich, daß der Hersteller seine Beeinflussung nicht in die Form eines Wunsches, dem stets eigennützige Motive zu Grunde liegen, kleidet, sondern - nach außen völlig uneigennützig - dem Abnehmer lediglich anrät, bestimmte Wiederverkaufspreise zu verlangen [2]. Schließlich ist es auch denkbar, daß der Hersteller ganz neutral dem Abnehmer nur bestimmte Wiederverkaufspreise mitteilt, etwa indem er eine Bruttopreisliste ohne weitere Erklärung übersendet [3]. Bei diesen Formen der Preisstellung handelt es sich im allgemeinen um die am wenigsten intensive Einflußnahme von Seiten des Herstellers. Trotzdem kann aber auch von diesen Formen der Preisstellung durch einfache Preiserklärung ein erheblicher Druck auf den Abnehmer ausgehen. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Abnehmer auf Grund der wirtschaftlichen Überlegenheit des Herstellers, aus Standesbewußtsein oder aus gesellschaftlichen oder moralischen Gründen glaubt, die Preiserklärung des Herstellers befolgen zu müssen. Im Unterschiede zu den Preisstellungen durch Androhen von Nachteilen usw. wird dann aber hier die Drucksituation vom Hersteller nicht hervorgerufen, sondern es wird lediglich bewußt oder unbewußt eine bereits latent vorhandene Abhängigkeit aktiviert.

---

1) Vgl. Giefers S. 20.
2) Vgl. Giefers S. 20.
3) Vgl. Giefers S. 20.

3. Abschnitt

Überblick über die gesetzliche Regelung der Preisstellung in GWB

Nach § 15 sind Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes beziehen, nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schließt. Diese Verträge werden vom GWB - in Gegenüberstellung zu den Kartellverträgen nach den §§ 1 ff - als "Sonstige Verträge" bezeichnet. Wer sich über die Unwirksamkeit eines solchen nach § 15 nichtigen Vertrages hinwegsetzt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, § 38 I Ziffer 1. Nach § 38 II Satz 2 begeht ferner eine Ordnungswidrigkeit, wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben. Nach h. L. [1] gehört auch § 15 in Verbindung mit § 38 I Ziffer 1 zu den "in diesem Gesetz ausgesprochenen Verboten", so daß auch die Empfehlung eines Herstellers an seine Abnehmer, bei der Weiterveräußerung der Ware bestimmte Preise zu verlangen, verboten ist, sofern sie nur von mindestens zwei Abnehmern (gleichförmiges Verhalten) befolgt wird. Verboten ist ferner nach § 38 I Ziffer 8 in Verbindung mit § 25, daß Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen anderen Unternehmen Nachteile androhen oder zufügen und Vor-

1) Vgl. dazu unten S. 153.

teile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, daß nach dem GWB oder nach einer auf Grund des GWB ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Als ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 25 kommt auch § 15 in Betracht.[1] Das bedeutet, daß Preisempfehlungen unabhängig davon, ob sie von einem oder mehreren Abnehmern befolgt werden, immer dann verboten sind, wenn sie von den Druckmitteln des § 25 begleitet sind.

Unter bestimmten Voraussetzungen läßt das GWB jedoch Preisstellungen für Markenwaren, Verlagserzeugnisse und Saatgut, das den Vorschriften des Saatgutgesetzes unterliegt, ausdrücklich zu. Nach § 16 I ist es zulässig, daß ein Unternehmen die Abnehmer seiner Markenwaren, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler in Preiswettbewerb stehen, oder ein Verlagsunternehmen die Abnehmer seiner Verlagserzeugnisse rechtlich oder wirtschaftlich bindet, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen. Nach § 100 III ist es zulässig, daß Erzeugerbetriebe oder Vereinigungen von Erzeugerbetrieben die Abnehmer von Saatgut, das den Vorschriften der §§ 39 bis 64 des Saatgutgesetzes unterliegt, rechtlich oder wirtschaftlich binden, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen. Eine Definition des Begriffs der Markenware findet

---

1) Vgl. dazu unten S. 97.

sich in § 16 II. Nach § 16 IV bedürfen Preisbindungen für Markenwaren zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung beim Bundeskartellamt und der schriftlichen Bestätigung des Eingangs dieser Anmeldung. Für Verlagserzeugnisse und Saatgut bedarf es dieser Anmeldung nicht. Verträge, die Preisbindungen nach den §§ 16 I oder 100 III enthalten, sind schriftlich abzufassen, §§ 35, 105. Jede Preisbindung steht unter einer kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht. Diese richtet sich für die Preisbindung von Markenwaren und Verlagserzeugnissen nach § 17, für die Preisbindung von Saatgut nach § 104. Darüber hinaus besteht für preisbindende Unternehmen ein besonderes Diskriminierungsverbot nach § 26 II. Danach dürfen preisbindende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen überlicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [1] und der Praxis des Bundeskartellamtes [2] sind auch unverbindliche Preisempfehlungen zulässig, wenn sie analog § 16 IV beim Bundeskartellamt angemeldet werden. Diese Zulässigkeit ist aber in der Literatur noch heftig umstritten. Ausdrücklich dahingestellt sein ließ der Bundesgerichtshof die Rechtslage für Verlagserzeugnisse und damit inzidenter auch für Saatgut. Nach h. L. besteht auch bei den analog § 16 IV zulässigen Preisempfehlungen die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden.

---

1) WuW 58, 783 ff (789 f) und NJW 63, 2115 ff.

2) Vgl. oben S. 2 Anm. 2

2. Teil

Der Begriff der wirtschaftlichen Bindung

Dieser Arbeit ist die Aufgabe gestellt zu untersuchen, welche Erscheinungsformen der Preisstellung der wirtschaftlichen Bindung in § 16 unterfallen. Dabei hat sie sich im Rahmen des gestellten Themas auf die Preisbindung von Markenwaren zu beschränken. Diese ist jedoch der praktisch bedeutsamste Fall der Preisbindung, und die für den Begriff der wirtschaftlichen Preisbindung von Markenwaren gewonnenen Erkenntnisse können ohne Bedenken auf die Preisbindung bei Verlagserzeugnissen oder auch bei Saatgut übertragen werden. An den Anfang der Untersuchung soll eine Darstellung der bisher von Rechtsprechung und Literatur zum Begriff der rechtlichen und der wirtschaftlichen Preisbindung erzielten Ergebnisse gestellt werden. Wiewohl die rechtliche Preisbindung nicht zum engeren Themenkreis gehört, ist sie zunächst zu skizzieren, da sich aus ihrem Inhalt, über den in Rechtsprechung und Literatur völlige Einigkeit herrscht, erhebliche Hinweise für die Untersuchung der wirtschaftlichen Bindung ergeben. An die darauf folgende kurze Darlegung der zur wirtschaftlichen Bindung vertretenen Theorien soll sich dann die eigene Stellungnahme anschließen.

1. Abschnitt

Die bisher in Rechtsprechung und Literatur zur rechtlichen und wirtschaftlichen Preisbindung vertretenen Ansichten

A) Die zur rechtlichen Preisbindung vertretene Auffassung

Unter den Voraussetzungen des § 16 darf ein Unternehmer

die Wiederverkaufspreise seiner Abnehmer rechtlich oder wirtschaftlich binden. Was dabei unter einer rechtlichen Preisbindung zu verstehen ist, erscheint völlig geklärt. Nach allgemeiner Ansicht [1] liegt eine rechtliche Bindung vor, wenn der Abnehmer rechtsgeschäftlich verpflichtet ist, die festgesetzten Preise einzuhalten. Eine bestimmte Preisgebarung des Abnehmers ist Inhalt der Rechtspflicht, ist kraft Rechtsgeschäftes geschuldet. Der bindende Unternehmer hat einen Rechtsanspruch gegen den gebundenen Abnehmer, daß dieser beim Weiterverkauf der gelieferten Güter die ihm vorgeschriebenen Preise einhält, sie weder überschreitet noch unterbietet. Die Rechtsordnung gibt dem Hersteller die Möglichkeit, diesen Anspruch im Wege der Klage und anschließenden Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Bei schuldhafter Verletzung des Anspruchs ist der gebundene Abnehmer zum Schadensersatz verpflichtet. Der Hersteller ist ferner, auch ohne daß dies besonders vereinbart wäre, zur Einstellung der Belieferung berechtigt. Dies ergibt sich aus den §§ 325, 326 BGB, denn die Pflicht zur Preiseinhaltung ist Hauptpflicht des gebundenen Abnehmers [2].

Diese Verpflichtung zur Einhaltung der vorgeschriebenen Preise kann durch einen besonderen Preisbindungsvertrag oder durch Aufnahme einer entsprechenden Abmachung in den Liefervertrag begründet werden. Viel-

---

1) BGH WuW 58, 783 ff (789); Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 41; Fikentscher S. 27; Kirschstein WuW 58, 527; Lukes Jus 62, 165; Paul DB 58, 1.150; Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 16 Anm. 47.

2) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 294.

fach wird eine derartige Verpflichtung auch durch Einfügung einer entsprechenden Klausel in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Herstellers herbeigeführt, so daß die jedesmalige individuelle Vereinbarung entfällt. Am häufigsten ist es, daß der Abnehmer sich in einem besonderen Verpflichtungsschein (sog. Revers) für alle zukünftigen Geschäfte mit dem Hersteller zur Preiseinhaltung verpflichtet (Rahmenvertrag). Auch diese Rahmenverpflichtung kann über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Herstellers Vertragsinhalt werden. Die rechtliche Preisbindung ist also nach allgemeiner Ansicht die oben [1] dargestellte Preisstellung durch vertragliche Verpflichtung. In jedem Fall ist es erforderlich, daß der die Verpflichtung enthaltende Vertrag schriftlich abgefaßt ist, § 34. Dabei genügt es, wenn in der schriftlichen Verpflichtung auf die Preislisten des Herstellers Bezug genommen wird. Es handelt sich hier um die eigentliche Preisbindung der zweiten Hand, die in Anlehnung an Schär [2], Zondler [3] und Callmann [4] dann vorliegt, wenn der Produzent durch gleichlautende, individuell abgeschlossene Verträge seine Abnehmer verpflichtet, seine Markenartikel nur zu einem bestimmten oder nicht unter einem bestimmten Preise abzugeben.

B) Die zur wirtschaftlichen Preisbindung vertretenen Auffassungen

So einig wie man sich über den Begriff der rechtlichen Bindung ist, so umstritten ist die wirtschaftliche

---

1) S. 10.
2) S. 16 ff.
3) S. 22.
4) S. 314 und KR 1932, 219.

Bindung. Die zahlreichen in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Meinungen lassen sich in sechs Gruppen einordnen.

1. Nach Becher [1] ist eine wirtschaftliche Bindung gegeben, wenn ein Unternehmer seinen Abnehmer erfolgreich beeinflußt, für eine bestimmte Ware einen bestimmten Preis zu fordern. Es kommt also nicht darauf an, ob der Unternehmer irgendwelche besonderen Druckmittel anwendet oder nicht, sondern entscheidend ist allein der sich in der Befolgung der Preisbeeinflussung zeigende Erfolg. Dieser Erfolg kann die Folge persönlicher Geschäftsbeziehungen, des Vertrauens in die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Partners, des Wechselspiels zwischen Angebot und Nachfrage, günstiger Gewinnmöglichkeiten und gelegentlich auch wirtschaftlicher Überlegenheit sein. Damit ist jede Preisbeeinflussung grundsätzlich geeignet, eine wirtschaftliche Bindung herbeizuführen, sie muß eben nur Erfolg haben. Es fallen daher alle von uns oben [2] aufgestellten Erscheinungsformen der Preisbeeinflussung mit Ausnahme der durch Verpflichtung, die nach der h. L. die rechtliche Bindung darstellt, unter die wirtschaftliche Bindung.

2. Nach Huber [3] kann unter wirtschaftlicher Bindung nur die aus wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder

---

1) BB 58, 430.

2) S. 10 ff.

3) S. 56, 102; ähnlich Kracht BB 58, 466 und wohl auch Müller - Gries § 16 Anm. 2[illegible] a. E. und Anm. 63; Paul DB 58, 1.150 und deutlicher 1.321; wohl auch Schwartz im Gem. Komm. 2. Auflage § 16 Anm. 47.

sonstigen faktischen Abhängigkeiten hervorgehende, außerordentliche Bindung verstanden werden, also die faktische Bindung, die in der neueren kartellrechtlichen Terminologie [1] als "Quasibindung" (oder "bindungsähnliches Verhältnis") bezeichnet wird. Faktisch bindend bedeutet nach Huber: eine der rechtlichen Bindung analoge Bindung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Art. Nach dieser Auffassung können alle oben [2] dargestellten Erscheinungsformen der Preisstellung - mit Ausnahme der rechtlichen Bindung - der wirtschaftlichen Bindung unterfallen, sofern nur der Druck oder die Abhängigkeit stark genug ist, um eine Bindung zu bewirken.

3. Nach einer anderen Auffassung [3] liegt eine wirtschaftliche Preisbindung dann vor, wenn der Unternehmer seinem Abnehmer Wiederverkaufspreise empfiehlt und zur Durchsetzung dieser Empfehlung wirtschaftlichen Druck ausübt. Als Druckmittel kommt eine Drohung oder Lockung in Betracht. Es muß ein tatsächliches machtmäßiges Bindungsverhältnis zwischen Unternehmer und Abnehmer bestehen. Dieses ist aber im Unterschied zur Ansicht Hubers auf die Entstehung durch Drohung oder Lockung beschränkt, weil die Vertreter dieser Ansicht den § 25

---

1) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 20.

2) S. 10 ff.

3) Loos BB 58, 176; Gleiss - Kracht MA 64, 48; Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 15 Anm. 8 (mit der Einschränkung, daß als Druckmittel nur eine Drohung in Betracht kommt); v. Brunn DB 58, 129 (für Druck soll schon eine Kontrolle der Preisempfehlungen genügen); Gleiss BB 58, 610, HBlatt Nr. 69, 1958 (mit der Einschränkung, daß die wirtschaftliche Bindung niemals in einem Vertrage enthalten sein kann); König, S. 7, der irreführend von einer nicht einklagbaren Verpflichtung spricht.

in den Tatbestand des § 15 hineinziehen wollen. Hierhin gehören die Erscheinungsformen zu A) II [1] und B) I. [2].

4. Nach der vom Bundesgerichtshof [3] vertretenen Auffassung ist mit der wirtschaftlichen Preisbindung nicht eine Preisempfehlung des Herstellers im Sinne einer einseitigen nur wirtschaftlich oder tatsächlich bindenden Erklärung gemeint, sondern ebenso wie mit der rechtlichen Preisbindung eine vertragliche Bindung. Demnach liegt eine wirtschaftliche Preisbindung dann vor, wenn es dem Abnehmer rechtlich freigestellt bleibt, welchen Preis er bei der Weiterveräußerung vereinbaren will, ihm aber im Vertrage bei Einhaltung der angegebenen Preise wirtschaftliche Vergünstigungen, bei Nichteinhaltung wirtschaftliche Nachteile in Aussicht gestellt sind. Es ist nicht erforderlich, daß die Ankündigung rechtsgeschäftlicher Bestandteil eines Vertrages (z.B. Bedingung, Rücktrittsvorbehalt) ist. Sie kann auch - rechtlich gesehen - außerhalb des Vertrages bestehen, sie muß nur im Vertrage angegeben sein [4]. Nach dieser Ansicht fallen die Erscheinungsformen zu A) II [5] und B) I. [6], letztere allerdings nur soweit die Ankündigungen im Vertragstext stehen, unter die wirtschaftliche Bindung.

---

1) Siehe oben S.11 ff.
2) Siehe oben S.19.
3) WuW 58, 783 ff (789); Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 42; v. Gamm NJW 59, 966; Giefers S. 48 ff und S. 99; Hefermehl GRUR 58, 626; Kirschstein WUW 58, 528 f; Lanzenberger GRUR 58, 594 f; BKA WuW 61, 573 ff (575); Mayer-Wegelin § 16 Anm. 6; wohl auch Tetzner S. 71.
4) So auch Lukes Jus 62, 167/168, allerdings unter ausdrücklicher Ablehnung der Ansicht des BGH WuW 58, 783 ff (789), daß hier eine vertragliche Bindung vorliege.
5) Siehe oben S.11 ff.
6) Siehe oben S.19.

5. Eine noch engere Auffassung wird von Fikentscher [1] vertreten. Preisbindung sei eine vertragliche Vereinbarung zwischen einem Unternehmen und einem anderen Unternehmen mit einem Ziele, dieses andere Unternehmen zur Einhaltung eines bestimmten Preises gegenüber einem Dritten anzuhalten. Die Vereinbarung könne unmittelbar auf die Verpflichtung zur Preiseinhaltung gerichtet sein (rechtliche Bindung mit der Folge eines einklagbaren Unterlassungsanspruchs), sie könne aber statt dessen zum Inhalt haben, daß sich das andere Unternehmen für den Fall einer rechtlich in seinem Belieben stehenden Abweichung von dem vorgeschriebenen Preis ungünstigeren Bedingungen unterwirft, als sie ihm für den Fall der Preiseinhaltung zugestanden wurden (wirtschaftliche Bindung - Rabattkürzung, Wegfall eines Treurabatts, Rücktrittsrecht des Herstellers u. ä.). Obwohl Fikentscher sich für seine Ansicht auf den Bundesgerichtshof beruft, vertritt er doch offenbar eine engere Auffassung. Wenn der Abnehmer sich für den Fall der Preisabweichung ungünstigeren (Vertrags-)Bedingungen unterwirft, so heißt das, daß diese Bedingungen rechtsgeschäftliche Bestandteile eines Vertrages sein müssen. Das ergibt sich auch aus den von Fikentscher angeführten Beispielen. Man kann nicht von Bedingungen reden, denen sich der Abnehmer unterwirft, wenn es sich lediglich um Ankündigungen von Nachteilen usw. im Vertragstext handelt. Nach dieser Ansicht fällt nur die Erscheinungsform zu A) II. [2] unter den Begriff der wirtschaftlichen Bindung.

6. Langen [3] ist der Ansicht, daß die Erwähnung der wirt-

---

1) S. 22/29; ähnlich, aber noch enger, da nur für das Androhen von Nachteilen, die den Abnehmer erheblich schlechter stellen, Frankf. Komm. § 16 Anm. 87.

2) Siehe oben S. 11 ff.

3) Kommentar § 16 Anm. III 3, NJW 59, 464.

schaftlichen Bindung in § 16 überhaupt keinen Sinn hat und jedenfalls praktisch nicht durchführbar ist. Dieses Ergebnis begründet Langen damit, daß jede Preisbindung stets einen Vertrag voraussetze (arg. § 16 IV), die Preisbindung durch Vertrag jedoch immer eine rechtliche Preisbindung sei. Damit bleibt für die wirtschaftliche Preisbindung kein Raum mehr.

2. Abschnitt

Eigene Stellungnahme zur wirtschaftlichen Bindung

A) Die Bestimmung des Begriffs der Bindung

Nach § 16 kann ein Unternehmen die Abnehmer seiner Markenwaren, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler in Preiswettbewerb stehen, rechtlich oder wirtschaftlich binden, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen. Eine Untersuchung der wirtschaftlichen Bindung setzt zunächst eine Klärung des Inhalts der Bindung überhaupt, unabhängig von den weiteren Merkmalen "rechtlich" oder "wirtschaftlich" voraus. Erst wenn geklärt ist, wann ein Abnehmer überhaupt gebunden ist, kann geprüft werden, welche der denkbaren Bindungen dem Begriffspaar "rechtlich oder wirtschaftlich bindet" in § 16 unterfallen.

I. Die Gleichartigkeit der Begriffe Bindung und Beschränkung

Aus dem Sinn des Wortes "bindet" allein kann der Begriff der Bindung nicht gedeutet werden, denn der Aus-

druck ist zu unscharf und zu weit, als daß ein auch nur einigermaßen eindeutiges Ergebnis gefunden werden könnte. Wenn Langen [1] für seine Ansicht, daß eine Bindung sich nur aus einer rechtlichen, moralischen oder sonstigen P f l i c h t ergeben könne, weil in anderen Fällen einer Bewegungsbehinderung der Behinderte nicht gebunden, sondern eingezäunt sei, da ihm alle Richtungen, in denen er sich bewegen könnte, durch irgendwelche dann eintretende Nachteile verstellt seien, sich ausschließlich auf eine philologische Interpretation des Ausdruckes "binden" stützt, so ist diese Begründung schon methodisch nicht haltbar, Der Wortsinn allein ergibt nämlich nur in seltenen Fällen, wie etwa bei Fristbestimmungen oder Individualbegriffen (z.B. ein bestimmter Name), ein exaktes Ergebnis [2]. So konstruiert diese Ansicht denn auch einen Unterschied zwischen einer Bindung durch Verpflichtung und einer Einzäunung durch drohende Nachteile, der einer näheren Nachprüfung nicht standzuhalten vermag. Auch die Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten wird sehr häufig nur deshalb eingehalten, weil mit einem pflichtwidrigen Handeln Nachteile verbunden sind. Wer sich einer Rechtspflicht widersetzt, riskiert, daß er nach verlorenem Prozeß im Wege der Zwangsvollstrekkung durch Nachteilszufügung (Geldstrafe oder Haft nach § 888 ZPO) gezwungen wird, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Die Rechtspflicht wirkt also - jedenfalls dann, wenn der Verpflichtete nicht aus Rechtstreue folgt - lediglich als Einzäunung durch drohende Nachteile. Nichts anderes ergibt sich bei moralischen oder sonstigen Pflichten: auch hier ist es vielfach allein die Furcht vor Nachteilen, die den Verpflichteten zur

---

1) NJW 59, 463.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 234

Einhaltung veranlaßt. Eine Gleichsetzung von Bindung und Verpflichtung erscheint daher - zumindest mit obiger Begründung - als nicht haltbar.

Aufschluß über den Inhalt der Bindung jedoch geben Systematik und Entstehungsgeschichte des Gesetzes. § 16, der die Preisbindung unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt, ist als Ausnahme zu § 15 ("§ 15 gilt nicht, wenn ....") konstruiert. Nach dem logisch-systematischen Gesetzeszusammenhang soll in § 16 ausnahmsweise ein Erfolg zugelassen werden, den § 15 jedenfalls dann, wenn er durch einen Vertrag herbeigeführt wird, verhindern will. § 15 bestimmt, daß ein Vertrag zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, der einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränkt, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schließt, nichtig ist. Aus diesem Gesetzeszusammenhang und dem Sinn des Wortes "binden" (= befestigen, fesseln) kann entnommen werden, daß die Bindung im Sinne des § 16 I zumindest **eine irgendwie** geartete Freiheitsbeschränkung darstellt, und zwar eine Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit, wie sich aus § 16 ergibt.

Damit ist aber umgekehrt noch keineswegs gesagt, daß jede Beschränkung dieser Freiheit eine Bindung wäre, vielmehr ist es denkbar, unter Bindungen - worauf auch der Wortsinn und der Wechsel in der Gesetzesterminologie hinzudeuten scheint - nur Beschränkungen besonderer Art zu verstehen.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich jedoch klar die Deckung der Begriffe Bindung und Freiheitsbeschrän-

kung. Die Begründung zu § 10 RegE [1] (übereinstimmend mit § 15) behandelt die Bindung nicht als Unterfall der Freiheitsbeschränkung, sondern bezeichnet in vielen Fällen die Beschränkung ausdrücklich als Bindung. So heißt es unter Ziff. 2 [2], daß im Gegensatz zur horizontalen Wettbewerbsbeschränkung des Kartellvertrages die in § 10 RegE behandelten Fälle eine vertikale B i n d u n g zum Gegenstand hätten oder unter Ziff. 5 [3], § 10 RegE richte sich nur gegen B i n d u n g e n , die zwischen Unternehmen vereinbart würden. Auch im Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik [4] wird zu § 10 RegE gesagt, § 10 RegE betreffe einen speziellen Fall des Mißbrauchs der Vertragsfreiheit, nämlich jenen Tatbestand, bei dem durch einen Vertrag ein Vertragsteil in einer über den Hauptzweck des Vertrages hinausgehenden Weise g e b u n d e n werde. Diese Ausdrucksweise der Materialien ist nur so zu erklären, daß sie unter Bindung und Freiheitsbeschränkung das Gleiche verstehen. Auch die gesamte Literatur [5] verwendet die Begriffe Bindung und Freiheitsbeschränkung völlig synonym, ohne daß dies allerdings - soweit ersichtlich mit nur einer Ausnahme [6] - ausdrücklich gesagt und eine Begründung dafür auch nur angedeutet würde.

---

1) Gem. Komm. S. 1.083 ff.

2) Gem. Komm. S. 1.084.

3) Gem. Komm. S. 1.085.

4) BT-Drucksache 3.644, zweite Wahlperiode (Gem.Komm. 1. Aufl. S. 1.182 ff).

5) Vgl. statt vieler Baumbach - Hefermehl Vorbem. zu § 15 GWB Anm. 3 und 4, § 15 GWB Anm. 12.

6) Frankf. Komm. § 15 Anm. 30.

Eine Preisbindung liegt also vor, wenn ein Unternehmen seine Abnehmer in der Freiheit der Gestaltung der Wiederverkaufspreise beschränkt. Dabei ist allerdings zu beachten, daß nun keineswegs alle denkbaren Beschränkungen obiger Art unter die Ausnahme des § 16 fallen, sondern nur rechtliche und wirtschaftliche.

II. Die Beschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit im Sinne des § 15

Was unter einer Beschränkung der Gestaltungsfreiheit im Sinne des § 15 zu verstehen ist, kann, da die anderen Auslegungskriterien versagen, nur aus Sinn und Zweck dieser Vorschrift entnommen werden.

1. Die Begriffe des freien Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung

Das GWB will mit seinen Bestimmungen den freien Wettbewerb schützen. Bevor daher auf die Zweckrichtung des § 15 eingegangen werden kann, muß zunächst untersucht werden, was unter diesem freien Wettbewerb und seiner Beschränkung zu verstehen ist.

Der Begriff des Wettbewerbs ist im einzelnen außerordentlich umstritten. Das nimmt nicht wunder, denn die Begriffsbestimmung muß einen äußerst differenzierten wirtschaftlichen Sachverhalt, der unter den verschiedensten Aspekten betrachtet werden kann, in einer klaren, für die Rechtsanwendung praktikabelen Definition erfassen. Man kommt z.B. zu den verschiedensten Ergebnissen, je nachdem ob man von dem wirtschaftstheoretischen Begriff des vollkommenen Wettbewerbs oder dem

Wettbewerbsbegriff der Wirtschaftspraxis ausgeht oder ob man den Begriff des Wettbewerbs zur Kennzeichnung eines bestimmten Verhaltens der Marktteilnehmer oder der Marktsituation für eine bestimmte Ware verwendet.

Im wesentlichen herrscht jedoch Einigkeit darüber, daß der Kern des Wettbewerbs in dem Streben der Marktteilnehmer, anstelle eines anderen zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen, besteht [1]. Nach überwiegender Ansicht [2] ist das Mittel dieses Strebens das Bieten möglichst günstiger Geschäftsbedingungen.

Umstritten ist, ob eine gegenseitige Beeinflussung der Mitbewerber im Wirtschaftserfolg vorliegen muß [3]. Es

---

1) So Borchardt - Fikentscher S. 15; Fikentscher WuW 61, 798; Baumbach - Hefermehl Allg. zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Anm. 2; Begr. zum RegE § 1 Ziff.3 d (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.076); Günther MA 57, 35; Mayer-Wegelin § 1 Anm. 8; Müller-Henneberg im Gem.Komm. 1. Aufl. § 1 Anm. 21; ähnlich Meyer-Cording WuW 62, 462 und 465, der zwar kein Streben verlangt, aber wohl eine Handlung zu Wettbewerbszwecken. A. A. neuerdings Knöpfle WuW 62, 174. K. versteht unter Wettbewerb die wirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren und Chancen, die sich für den einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können. Diese Wettbewerbsdefinition geht nicht von einem bestimmten Streben der Unternehmer aus. Der Wettbewerb ist vielmehr ein bestimmter Zustand, der dann gegeben ist, wenn die Unternehmer unter Wettbewerbsdruck stehen. Diese Definition K.'s trifft jedoch nicht den Wettbewerb selbst, sondern nur eine seiner Folgeerscheinungen, nämlich die Einwirkung auf die Marktverhältnisse (Marktbeeinflussung).

2) So Borchardt - Fikentscher S. 15; Fikentscher WuW 61, 796 ff; Baumbach-Hefermehl § 1 GWB Anm. 27; Brugger WuW 59, 474 ff; Müller-Henneberg im Gem.Komm. 1. Aufl. § 1 Anm. 24, 2. Aufl. § 1 Anm. 19; a. A. Benisch WuW 60, 843; Meyer-Cording WuW 62, 464.

3) Dafür: Borchardt-Fikentscher S. 15; Fikentscher WuW 61, 792; Baumbach-Hefermehl Allg. zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Anm. 9; Müller-Henneberg im Gem.Komm. 1. Aufl. § 1 Anm. 20 f, 2. Aufl. § 1 Anm. 19; Günther MA 59, 269 ff; Mayer-Wegelin § 1 Anm. 8.
Dagegen: Benisch WuW 56, 483; Meyer-Cording WuW 62, 468; Schmitz NJW 57, 1.705.

handelt sich hierbei um die Frage, ob durch eine Änderung in den Wirtschaftsplänen eines Unternehmers Einflüsse auf die anderen Mitbewerber ausgeübt werden müssen. Nach dieser Auffassung liegt Wettbewerb nur dann vor, wenn jeder Mitbewerber seine Maßnahmen laufend am Verhalten der anderen Konkurrenten orientiert und sie erforderlichenfalls entsprechend gestaltet. Da der Wirtschaftserfolg wesentlich vom eigenen Verhalten und dem der Konkurrenten, nämlich von der Gestaltung der Preise, der Warenqualität, des Kundendienstes usw. abhängt, tritt durch eine entsprechende Anpassung eine gegenseitige Beeinflussung im Wirtschaftserfolg ein. Diese gegenseitige Beeinflussung muß nicht aktuell sein, es genügt, wenn sie latent vorhanden ist, weil jeder Mitbewerber bereit ist, sich gegebenenfalls nach dem Verhalten seiner Konkurrenten zu richten. Für das Merkmal der gegenseitigen Beeinflussung im Wirtschaftserfolg ist also kein offener Konkurrenzkampf erforderlich, sondern es genügt, wenn trotz eines äußerlichen und über einen längeren Zeitraum sich erstreckenden Gleichverhaltens eine Rivalität unter den Mitbewerbern besteht, die sich darin äußert, daß jeder Mitbewerber auf das acht gibt, was sein Konkurrent tut, um sich ggf. nach seinen Maßnahmen zu richten. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn das Erfordernis der Rivalität unter den Mitbewerbern ergibt sich zwingend aus dem den Kern des Wettbewerbsbegriffs bildenden Streben. Das Wettbewerberstreben ist auf die Erhaltung des alten Kundenstammes und die Gewinnung neuer Kunden, auf die auch der Konkurrent rechnet oder mit denen dieser schon in Geschäftsverbindung steht, gerichtet. Von einem Streben kann nur dann die Rede sein, wenn der Unternehmer versucht, mit seinen Konkurrenten Schritt zu halten oder sie gar zu überholen. Das ist aber nur möglich bei einer dauernden Kontrolle seines eigenen Verhaltens an dem der anderen Mitbewerber. Soweit

sich ein Gleichgewichtszustand einpendelt oder gar ein sogenannter Verkäufermarkt entsteht, also eine Situation, in der die Käufer den Händlern die Ware buchstäblich aus der Hand reißen, so daß diese nicht genötigt sind, sich die Kunden streitig zu machen, ist das Streben nur mehr latent vorhanden. Sobald aber der Gleichgewichtszustand zu bestehen aufhört, weil ein Konkurrent z. B. die Preise senkt oder die Qualität seiner Ware verbessert, oder sobald der Verkäufermarkt sich wieder zu einer normalen Marktsituation zurückentwickelt, muß der andere Wettbewerber entsprechende Maßnahmen ergreifen. Anderenfalls verzichtet er auf seine Marktstellung, gibt also das Streben nach Erhaltung des alten Kundenstammes auf. Ein Streben liegt nur dann vor, wenn die Wettbewerber bereit sind, ihre Maßnahmen erforderlichenfalls am Verhalten der anderen zu orientieren. In diesem stetigen Bereitsein liegt die Rivalität, ohne die ein Streben nach Geschäftsverbindung mit Dritten nicht denkbar ist. Die Notwendigkeit einer Rivalität ergibt sich ferner aus dem Schutzzweck des GWB. Es sollen auch die den Wettbewerbern gegenüberstehenden Anbieter oder Nachfrager geschützt werden [1]. Nur wenn Rivalität besteht, sind die Wettbewerber gezwungen, um zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen, möglichst günstige Geschäftsbedingungen zu bieten. Nur wenn Rivalität besteht, haben Dritte die Möglichkeit, zwischen selbständigen (nicht unbedingt verschiedenen) Angeboten mehrerer Wettbewerber zu wählen und so auf den Geschäftsinhalt Einfluß zu nehmen. Diese Rivalität ist das, was die hier Zustimmung findende Ansicht unter gegenseitiger Beeinflussung im Wirtschaftserfolg versteht.

Das Wesen jeden Wettbewerbs liegt in dem rivalisie-

---

1) Siehe unten S. 44 ff.

renden Streben mehrerer Wettbewerber nach dem gleichen Ziel.

Die für den Wettbewerb typische Rivalität kann sich nur entwickeln, wenn die Anbieter ihre Leistung in Bezug auf Preis, Güte, Service und andere Faktoren nach ihrem eigenen Willen bestimmen, Nachfrager die ihnen angebotenen Leistungen nach ihrem eigenen Willen auswählen können. Kann ein Marktteilnehmer auf einem bestimmten Gebiet seine Wirtschaftspläne nicht in eigener freier Willensentschließung aufstellen oder ist er nicht fähig oder gewillt, sie ständig entsprechend der jeweiligen Wettbewerbssituation zu variieren, so wird insoweit kein Wettbewerbsverhältnis entstehen. Jede Rivalität setzt voraus, daß die Wettbewerber zwischen verschiedenen Gestaltungen ihrer Wirtschaftstätigkeit nach eigenem Willensentschluß wählen können und von dieser Wahlmöglichkeit auch Gebrauch machen. Sind den Wettbewerbern gewisse Möglichkeiten einer Wettbewerbstätigkeit verstellt (z. B. weil ein anderer Wettbewerber alleiniger Inhaber eines gewerblichen Schutzrechtes ist) oder sind sie gar gezwungen (z. B. durch einen Kartellvertrag), hinsichtlich ihrer Wettbewerbertätigkeit einem fremden Willen zu folgen, so ist ein rivalisierendes Streben insoweit ausgeschlossen. Eine Rivalität entwickelt sich aber auch dann nicht, wenn ein Wettbewerber auf eine aus eigener Willensentschließung erfolgende Wahl seines Wettbewerbsverhaltens freiwillig verzichtet und kritiklos fremde Entscheidungen übernimmt. Jede Minderung des rivalisierenden Strebens, mag sie nun unter Druck oder freiwillig erfolgen, ist eine Wettbewerbsbeschränkung. Nach wohl herrschender Ansicht [1] muß allerdings die Wettbewerbsbeschränkung, also eine Minderung des rivalisierenden Strebens, auf einer Einengung der individuellen Entschließungsfreiheit der Wettbewerber,

1) Vgl. Benisch, Anm. zu BHG WuW 60, 347 ff in WuW 60, 358 m. w. Nachw.

die diesen die Erfüllung ihrer wettbewerblichen Funktionen unmöglich macht, beruhen. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden, denn das GWB soll neben der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Wettbwerber zumindest auch die Rechtsbereiche unbeteiligter Dritter schützen [1]. Diese werden aber durch jede Verringerung der Rivalität gefährdet, gleichgültig, ob sie Folge einer Druckausübung oder einer freien Entschließung ist. Paßt ein Wettbewerber sich den Preisen eines Konkurrenten an, nicht weil er diesen im Wettbewerbskampf überholen oder seine Stellung diesem gegenüber halten will, sondern weil er von vornherein auf jedes konkurrierende Verhalten verzichtet, so liegt keine Rivalität vor. Ähnlich ist es, wenn mehrere Abnehmer einem völlig unverbindlichen Wunsche eines Herstellers hinsichtlich der Einhaltung bestimmter Wiederverkaufspreise seiner Waren folgen. Auch ohne daß die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Wettbewerber eingeengt würde, entfällt auf dem Preissektor jegliche Rivalität zwischen den einzelnen Abnehmern mit der Folge, daß unbeteiligten Dritten die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen selbständigen Angeboten genommen wird. Für die Existenz des freien Wettbewerbs ist somit entscheidend das Verhalten der Wettbewerber, das Vorliegen eines rivalisierenden Strebens. Wird dieses rivalisierende Streben irgendwie beeinträchtigt, so liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, gleichgültig, ob die Beeinträchtigung erfolgt, weil die Wahlmöglichkeiten der Wettbewerber eingeengt sind oder weil diese von einer an sich bestehenden Wahlmöglichkeit keinen

---

1) Siehe unten S. 44 ff.

Gebrauch machen. Das den Kern des Wettbewerbsbegriffs ausmachende rivalisierende Streben kann sich daher nur dann entwickeln, wenn dem Wettbewerbsverhalten der Mitbewerber eine selbständige, uneingeengte Willensbildung zu Grunde liegt [1]. Dieses Erfordernis der Selbständigkeit der Willensbildung wird von Borchardt - Fikentscher [2] ausdrücklich in ihre Wettbewerbsdefinition aufgenommen. Danach ist wirtschaftlicher Wettbewerb das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch in Aussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen. Hiernach wird die Wettbewerbsbeschränkung von Borchardt - Fikentscher [3] bestimmt als die Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber), eines Strebens, das auf Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen gerichtet ist. Dieser Definition kann zugestimmt werden, wenn man einräumt, daß die Verhinderung usw. des selbständigen Strebens nicht nur auf einer von außen erfolgenden Einschränkung der Entschließungsfreiheit,

---

1) Die Notwendigkeit dieser Selbständigkeit der Willensbildung wird auch von den Schriftstellern anerkannt, die eine gegenseitige Beeinflussung im Wirtschaftserfolg (= Rivalität) nicht als Merkmal des Wettbewerbsbegriffes ansehen, denn jede Einengung der Wahlmöglichkeiten der Wettbewerber führt notwendig zu einer Einengung der den geschützten Dritten offenstehenden Alternativen.

2) S. 15.

3) S. 29.

sondern auch auf der freiwilligen Entscheidung der Wettbewerber selbst beruhen kann. Diese Wettbewerbsbeschränkung wird von Borchardt - Fikentscher als formale bezeichnet, da hier das Mittel des freien Wettbewerbs, eben das selbständige Streben der Mitbewerber beeinträchtigt wird. Wird hingegen auch das Ziel des freien Wettbewerbs, nämlich das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch die formale Wettbewerbsbeschränkung in Mitleidenschaft gezogen, so sprechen Borchardt - Fikentscher von einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung. Eine solche liegt daher vor, wenn eine formale Wettbewerbsbeschränkung das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung der den Kunden offenstehenden Alternativen beeinträchtigt [1]. Jede materielle Wettbewerbsbeschränkung setzt somit eine formelle Wettbewerbsbeschränkung voraus, und umgekehrt hat jede formelle Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig eine materielle zur Folge.

2. Der Zweck des § 15

Nach seinem Wortlaut schützt § 15 die wirtschaftliche Handlungsfreiheit zur Gestaltung des Inhalts von Verträgen. Daraus zu schließen, daß diese wirtschaftliche Handlungsfreiheit alleiniges Schutzobjekt des § 15 sei, ist jedoch verfehlt [2]. Aus dem Zweck des GWB ergibt sich vielmehr, daß auch § 15 den freien Wettbewerb

---

1) S. 29.

2) So aber Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 15 Anm. 2

schützen soll [1]. Fraglich erscheint allein, ob § 15 den freien Wettbewerb, also das selbständige Streben der Wettbewerber, im Interesse der in ihrer Gestaltungsfreiheit beschränkten Vertragspartner [2], im Interesse der an der Wettbewerbsbeschränkung unbeteiligten Dritten [3] oder im Interesse beider Gruppen schützt.

Für § 1 ist anerkannt, daß dieser den freien Wettbewerb nicht im Interesse der ihre Rechte Beschränkenden, sondern im Interesse der an der Wettbewerbsbeschränkung Unbeteiligten schützt [4]. Dieses Ergebnis mag für § 1 richtig sein, es kann jedoch infolge des anderen Tatbestandes des § 15 nicht ohne weiteres übernommen werden. Während nämlich bei § 1 regelmäßig eine freiwillige Beschränkung unter miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen vorliegt, zielt § 15 gerade auf die Fälle, in denen ein Unternehmer einen anderen, der nicht mit ihm in Wettbewerb steht, gegen dessen Willen im Wettbewerb mit Dritten beschränkt.

Es ergibt sich aus den grundlegenden Zielen des GWB, daß § 15 den freien Wettbewerb sowohl im Interesse des in seiner Freiheit beschränkten Abnehmers als auch im Interesse der an der Wettbewerbsbeschränkung unbetei-

---

1) Frankf. Komm. § 35 Anm. 31; Tetzner S. 61.

2) Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 15 Anm. 2; Fikentscher S. 69.

3) Müller-Henneberg im Gem. Komm. 2. Aufl. Einf. IV a.E.; Frankf. Komm. § 35 Anm. 1; Baumbach-Hefermehl § 15 GWB Anm. 1.

4) Müller-Henneberg im Gem.Komm. 2. Aufl. Einf.IV a.E.; Benisch WuW 61, 769; Leo WuW 59, 492; Lukes, Kartellvertrag S. 187, sagt, daß § 1 zumindest auch die unbeteiligten Dritten schütze.

ligten Verbraucher schützt. Dabei kann es offen bleiben, ob man den Zweck des GWB in der Gewährleistung persönlicher Freiheit (gesellschaftspolitische Zielsetzung [1]) oder in der Sicherung eines optimalen Wirtschaftseffekts bzw. in dem Schutz des Wettbewerbs als Institution (wirtschaftspolitische Zielsetzung [1]) erblicken will [2].

Geht man davon aus, daß der Zweck des GWB der Schutz der persönlichen Freiheit ist, so ist damit zunächst die Freiheit der an der Wettbewerbsbeschränkung unbeteiligten Dritten gemeint. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen horizontaler oder vertikaler Art nehmen regelmäßig den Außenstehenden die Möglichkeit, zwischen den selbständigen Angeboten miteinander in Wettbewerb stehender Anbieter zu wählen und so auf den Vertragsinhalt Einfluß zu nehmen. Die freie wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der außenstehenden Marktteilnehmer wird also in erheblichem Maße eingeschränkt. Diese Marktbeeinflussung (sog. Dritt- oder Außenwirkung), die eine materielle Wettbewerbsbeschränkung darstellt, ist der Hauptgrund für das grundsätzliche Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Neben den Interessen der unbeteiligten Dritten schützt § 15 jedoch auch die Interessen der in ihrer Gestaltungsfreiheit und damit ihrem selbständigen Streben beschränkten Abnehmer. Es besteht kein Grund, ihre persönliche Freiheit als weniger schutzwürdig anzusehen. Für die

---

1) Vgl. Baumbach - Hefermehl GWB Einl. Anm. 4 u. 5.

2) Vgl. zu den Zielen des GWB die Zusammenstellung bei Koenigs NJW 61, 1.041.

Parteien eines Kartellvertrages, die die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in aller Regel freiwillig eingehen, mag die Schutzwürdigkeit zweifelhaft sein. Anders hingegen ist es bei den in ihrer Freiheit beschränkten Beteiligten eines Vertrages nach § 15. Letztere schließen die ihr selbständiges Streben verhindernde Vereinbarung regelmäßig nur unter dem Druck ihres Lieferanten. Zum Schutz gegen diesen Druck reichen aber weder die von der Rechtsprechung zu § 138 BGB [1] entwickelten Grundsätze noch die in GWB neben § 15 getroffenen Sicherheitsvorkehrungen (z. B. die §§ 14, 25) hin, da diese Vorschriften nur bei besonders heftigen Angriffen gegen die persönliche Freiheit eingreifen. Der gesellschaftspolitische Zweck des GWB verlangt aber einen weitergehenden Schutz der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung. Der gesellschaftspolitischen Zielsetzung des GWB entspricht daher allein die Auffassung, daß § 15 den freien Wettbewerb nicht nur im Interesse der Verbraucher, sondern auch im Interesse der Abnehmer schützt.

Nichts anderes ergibt sich, wenn man den Zweck des GWB im Erzielen eines optimalen Wirtschaftseffekts bzw. im Schutze des Wettbewerbs als Institution sieht. Auch nach letzterer Ansicht wird der freie Wettbewerb nicht um seiner selbst willen geschützt. Der wirtschaftspolitischen Zielsetzung liegt vielmehr die Erkenntnis zugrunde, daß der freie Wettbewerb den größten Nutzeffekt für die Gesamtwirtschaft hat [2]. Es sollen also zunächst die Verbraucher geschützt werden, denn deren optimale

---

1) Vgl. RGZ 130, 143 ff; 165, 1 ff (Kneblungsverträge).
2) Baumbach - Hefermehl GWB Einl. Anm. 4.

Versorgung mit Wirtschaftsgütern wird durch eine Wettbewerbsbeschränkung gefährdet. Jede Wettbewerbsbeschränkung hat den Zweck, ihrem Urheber Geschäftsabschlüsse zu günstigeren Bedingungen und Preisen zu ermöglichen. Die Kehrseite hierzu ist aber notwendig eine Schlechterstellung der Verbraucher hinsichtlich der Preise und Geschäftsbedingungen. Darüber hinaus gefährdet eine Wettbewerbsbeschränkung durch einen Vertrag nach § 15 auch den optimalen Wirtschaftserfolg der in ihrer Vertragsfreiheit Beschränkten. Die Wettbewerbsbeschränkung geht regelmäßig nicht von ihnen aus, sondern sie wird ihnen auferlegt, und zwar durch Druck. Während die Wettbewerber bei § 1 regelmäßig freiwillig auf die Rivalität verzichten, um durch ihren Ausschluß für sich einen optimalen Wirtschaftserfolg zu erzielen, wird bei § 15 den Wettbewerbern die Rivalität untersagt. Sie können daher nicht mehr so streben, d. h. ihre Verträge gestalten, wie sie es im Interesse eines optimalen Umsatzes für erforderlich halten. Dies zeigt, daß neben den Verbrauchern auch die Abnehmer durch § 15 geschützt werden.

Bedenken gegen die hier vertretene Auffassung scheinen sich daraus zu ergeben, daß ein Unternehmer, der sich der ihm auferlegten Beschränkung gemäß verhält, mit einer Ordnungsstrafe belegt wird (§ 38 I Satz 1 in Verbindung mit § 15 oder § 1). In der Tat wäre diese Vorschrift unverständlich, wenn § 15 nur den Schutz der in ihrer Gestaltungsfreiheit beschränkten Vertragspartner beabsichtigte [1]. Der oben vertretenen Ansicht steht sie jedoch nicht entgegen. Sie zeigt nur, daß § 15 auch den Schutz unbeteiligter Dritter bezweckt.

---

1) Vgl. Benisch WuW 61, 769; Frankf. Komm. § 35 Anm. 31; Leo WuW 59, 492.

Wir können also festhalten, daß § 15 das selbständige Streben der Wettbewerber (den freien Wettbewerb) sowohl im Interesse der Wettbewerber selbst als auch im Interesse der an der Beschränkung unbeteiligten Dritten schützen soll.

3. Der Begriff der Freiheitsbeschränkung und sein Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung

Aus dem Zweck des § 15 ergibt sich, daß es für das Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung nicht darauf ankommt, ob der beschränkende Vertrag die Dritten offenstehenden Wahlmöglichkeiten einengt oder auch nur zu einer solchen Einengung geeignet ist. Da § 15 auch die Interessen der in ihrer Freiheit beschränkten Vertragspartner schützt, greift er schon ein, wenn nur die Interessen letzterer verletzt sind. § 15 setzt somit im Gegensatz zu § 1 keine Marktbeeinflussung, keine materielle Wettbewerbsbeschränkung voraus [1].

§ 15 trifft auch nicht die nur formale Wettbewerbsbeschränkung [1]. Die Freiheit der Gestaltung von Preisen ist nicht mit dem selbständigen Streben der Wettbewerber identisch. Dieses setzt vielmehr - wie gezeigt - voraus, daß die Wettbewerber auch bereit sind, gegebenenfalls von den bestehenden Wahlmöglichkeiten Gebrauch zu machen. An diesem Bereitsein kann es aber trotz völliger Freiheit in der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen fehlen. Daraus folgt, daß eine Freiheitsbeschränkung nicht schon dann anzunehmen ist, wenn

---

1) Vgl. Fikentscher, Hueck-Festschrift S. 554.

ein Unternehmer freiwillig darauf verzichtet, rivalisierend zu streben, z. B. sich in seiner Vertragsgestaltung nach einem fremden Willen richtet [1]. Umgekehrt muß eine Beschränkung der Gestaltungsfreiheit nicht notwendig eine formale Wettbewerbsbeschränkung zur Folge haben. Es ist denkbar, daß ein Abnehmer, der in der Gestaltung der Wiederverkaufspreise vertraglich gebunden ist, sich über den Vertrag hinwegsetzt und die Wiederverkaufspreise selbständig bestimmt.

Das bedeutet, daß § 15 den Schutz des freien Wettbewerbs erheblich vorverlegt. § 15 greift entsprechend seinem Zweck, auch die an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten zu schützen, schon ein, bevor es zu einer materiellen oder auch nur einer formalen Wettbewerbsbeschränkung gekommen ist. Andererseits hinwider will § 15 aber auch nicht jede Wettbewerbsbeschränkung verhüten, sondern nur diejenigen, die sich aus einer Beschränkung der Gestaltungsfreiheit ergeben können [2]. Es zeigt sich also ein bedeutsamer Unterschied zwischen § 1 und § 15. Während der Gesetzgeber in § 1 den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen vom Ergebnis, der Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung her, beizukommen sucht, geht er in § 15 den entgegengesetzten Weg und versucht diesen Vereinbarungen von dem Mittel her, mit dem sie den Wettbewerb beschränken, Herr zu werden [3].

---

1) A. A. aber offenbar Becher BB 58, 430, vgl. oben S.42.

2) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 27.

3) Vgl. Lukes, Kartellvertrag S. 131.

Nach dem Gesagten ist der Begriff der Freiheitsbeschränkung somit weder von der Marktbeeinflussung noch vom Verhalten der in ihrer Freiheit Beschränkten her zu erfassen. Die Freiheitsbeschränkung kann nur als eine ganz bestimmte Situation verstanden werden, die irgendwie die Möglichkeit des Wettbewerbers beeinträchtigt, nach eigenem Willensentschluß zwischen verschiedenen denkbaren Gestaltungen von Preisen und Geschäftsbedingungen zu wählen [1]. Wie sieht nun diese Situation aus? Um der Situation den Charakter einer Freiheitsbeschränkung zu verleihen, ist es erforderlich, daß sie generell geeignet ist, irgendwie auf die Willensbildung eines in ihr befindlichen Unternehmers dahin einzuwirken, seine Preise und Geschäftsbedingungen gerade in ganz bestimmter Weise zu gestalten. Eine solche Eignung liegt nun allerdings schon dann vor, wenn von der Situation auch nur die geringsten Impulse für eine Befolgung des fremden Willens ausgehen können, so etwa, wenn der Unternehmer gebeten oder ihm gegenüber der Wunsch geäußert wird, er möge sich einem fremden Willen beugen. Die durch einen Wunsch oder eine Bitte hervorgerufene Situation ist in der Regel aber nur zu einer derart schwachen Einwirkung auf die Willensbildung geeignet, daß man noch nicht davon sprechen kann, daß der Unternehmer in seiner Willensbildung eingeengt sei. Andererseits kann für das Vorliegen einer Beschränkung jedoch auch nicht gefordert werden, daß die betreffende Situation geeignet sein müsse, es dem in seiner Willensentschließung beschränkten Unternehmer völlig unmöglich zu machen, sich nach seinem eigenen Willen zu ent-

---

1) Vgl. - allerdings in anderem Zusammenhang - Kirschstein WuW 58, 528 Anm. 8.

schließen. Wäre zur Annahme einer Beschränkung eine solche absolute Zwangssituation erforderlich, so könnte die sicherlich eine Beschränkung begründende vertragliche Verpflichtung nicht als solche aufgefaßt werden. Die Situation, die eine Beschränkung darstellt, ist vielmehr zwischen diesen beiden Extremen zu suchen. Die Situation muß geeignet sein, mit einer gewissen Intensität, mit einem gewissen Nachdruck auf die Willensbildung einzuwirken. Huber [1] drückt dies mit den Worten aus, daß eine Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit dann einsetze, wenn ein fremder Wille bestimmend auf die Willensbildung eines Unternehmers einzuwirken suche. Ob eine solche Eignung zu bestimmender Einwirkung gegeben ist, kann letztlich nur durch eine wertende Betrachtung vom Standpunkt eines objektiven Beobachters aus unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Diese Eignung liegt insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmer unter Druck oder Zwang steht, etwa weil ihm erhebliche Nachteile drohen, wenn er sich nicht dem fremden Willen beugt. Eine derartige Drucksituation kann sich aber auch daraus ergeben, daß dem Unternehmer für die Beachtung des fremden Willens Vorteile gewährt werden. Zwar wird vertreten [2], daß die Gewährung von Vorteilen nicht ausreiche, um eine Beschränkung herbeizuführen, da dieses Mittel nicht stark genug sei, aber dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, da bei wirtschaftlicher Betrachtung ein entgangener Vorteil nicht anders beurteilt werden kann als ein Nachteil.

---

1) S. 54.

2) Frankf. Komm. § 15 Anm. 31.

Wir können somit feststellen, daß ein Unternehmer in seiner Gestaltungsfreiheit im Sinne von § 15 beschränkt (bzw. gebunden) ist, wenn er sich in einer Situation befindet, die geeignet ist, bestimmend auf seine Willensbildung dahin einzuwirken, bei der Gestaltung von Verträgen einer bestimmten Gestaltung den Vorzug zu geben. Betrachten wir die oben [1] dargestellten Erscheinungsformen der Preisstellung, so kann jede von ihnen zu einer Bindung des Abnehmers führen, sofern nur der Druck oder die Abhängigkeit so nachhaltig sind, daß die Willensbildung des Abnehmers bestimmend beeinflußt werden kann.

B) Die unter § 16 fallenden Bindungen

Nachdem festgestellt ist, was überhaupt unter einer Bindung im Sinne der §§ 15/16 zu verstehen ist, wird nun die Prüfung erforderlich, welche denkbaren Arten einer solchen Bindung von der Regelung des § 16 erfaßt werden, zunächst unabhängig von der Frage, wie die rechtliche von der wirtschaftlichen Bindung abzugrenzen ist. Diese Prüfung kann nur im Wege einer Auslegung des § 16 geschehen.

I. Die Auslegung aus dem Wortlaut

Jede Auslegung eines Textes hat mit dem Wortlaut zu beginnen. § 16 findet Anwendung, wenn ein Hersteller

---

1) S. 8 ff.

seine Abnehmer "rechtlich oder wirtschaftlich bindet", bei der Veräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren. Was unter einer rechtlichen oder einer wirtschaftlichen Bindung im einzelnen zu verstehen ist, kann zwar aus dem Wortsinn nicht entnommen werden, es ist jedoch möglich, anhand des Wortlautes den Rahmen abzustecken, innerhalb dessen überhaupt irgendwelche Bindungen im Sinne unserer oben aufgestellten Definition unter § 16 fallen können. Der mögliche Wortsinn bildet stets die Grenze der eigentlichen Auslegung. Was nicht mehr im Rahmen des möglichen Wortsinns liegt, scheidet als noch durch Auslegung zu ermittelnde Bedeutung des Textes aus [1]. Mit Hilfe des Wortsinns können somit zwar nicht positiv die Bindungen festgestellt werden, die § 16 zuläßt, aber wohl können negativ die Bindungen bestimmt werden, die keinesfalls unter § 16 fallen.

Ursache einer Situation, die eine Beschränkung der Gestaltungsfreiheit bzw. eine Bindung darstellt, können die natürliche Entwicklung des Marktes oder irgendwelche Maßnahmen eines Unternehmers sein. Ersterer Fall liegt beispielsweise vor, wenn ein Unternehmer eine derart starke Marktstellung erlangt hat, daß die anderen mit ihm in Wettbewerb stehenden Unternehmer sich seinen Preisen anpassen müssen, falls sie nicht die ihnen verbliebene Marktposition auf's Spiel setzen wollen, oder wenn ein Unternehmer alleiniger Inhaber eines

---

1) Larenz, Methodenlehre S. 258.

Patentes oder eines Gebrauchsmusters ist, so daß andere Wettbewerber auf diesem Gebiet nicht tätig werden können. Hierhin gehört auch das sich vielfach aus der allgemeinen wirtschaftlichen Überlegenheit eines marktstarken und kapitalkräftigen Herstellers ergebende Abhängigkeitsverhältnis des einzelnen Wiederverkäufers. Für § 16 kann nach seinem Wortlaute "...soweit ein Unternehmer die Abnehmer ... rechtlich oder wirtschaftlich bindet, ..." als Ursache jedoch nur eine Maßnahme des Herstellers in Betracht gezogen werden, denn die Preisbindung muß vom Hersteller ausgehen, sie muß von ihm hervorgerufen und ausgeübt werden [1]. Anderenfalls kann nicht gesagt werden, daß der Hersteller den Abnehmer bindet.

Nicht zu den Preisbindungen durch Maßnahme gehören die nicht von Druckmitteln begleiteten reinen Preisempfehlungen, die lediglich einem Wunsche des Herstellers Ausdruck verleihen. Selbst wenn diese auf Grund eines eine Bindung darstellenden allgemeinen Abhängigkeitsverhältnisses oder aus Standesbewußtsein vom Abnehmer befolgt werden, kann doch nicht gesagt werden, daß der Hersteller den Abnehmer bindet. Der Hersteller begründet durch seine Empfehlung keine Bindungssituation, sondern er nutzt lediglich bewußt oder unbewußt ein bestehendes Abhängigkeitsverhältnis aus. Die nicht von Druckmitteln konkreter Art begleitete Empfehlung fällt daher nach der hier vertretenen Ansicht niemals unter den Wortlaut des§ 16 [2]. In gleicher Weise ist

---

1) Vgl. Giefers S. 47.

2) A. A. Huber S. 56. Dies gilt für die nicht ein allgemeines Abhängigkeitsverhältnis ausnutzende und auch von keinen Druckmitteln begleitete Preisempfehlung schon deshalb, weil keine Bindung vorliegt.

das "gentlemen agreement" zu beurteilen. Auch hier beruht eine evtl. Bindungswirkung nur dann auf einer Maßnahme des Herstellers, wenn die Vereinbarung von irgendwelchen konkreten Druckmitteln von Herstellerseite begleitet ist [1].

Der Hersteller bindet seine Abnehmer in der Gestaltung der Wiederverkaufspreise, wenn er durch eine Maßnahme eine Situation schafft, die geeignet ist, bestimmend auf die Willensbildung der Abnehmer dahin einzuwirken, bestimmte Wiederverkaufspreise zu wählen. Nun fallen jedoch nicht alle Bindungen durch Maßnahmen unter die Ausnahme des § 16, sondern nach dem Wortlaut des Gesetzes nur "rechtliche und wirtschaftliche". Alle Unterschiede denkbarer Bindungen, etwa solche hinsichtlich ihrer Wirkung oder der erforderlichen rechtlichen Behandlung, hängen stets von der Art der sie verursachenden Maßnahme ab. Die bindende Maßnahme verleiht der Bindung ihren Charakter. Entscheidend für die Frage, ob eine rechtliche oder eine wirtschaftliche Bindung vorliegt, ist daher die Art der bindenden Maßnahme, die Art und Weise der Bindungsbewirkung. Auch allen bisherigen Versuchen in Rechtsprechung und Literatur, die rechtliche und die wirtschaftliche Bindung zu erfassen, liegt dieser Gedanke - wenn auch stillschweigend - zu Grunde [2]. Eine rechtliche Bindung wird durch eine rechtliche, eine wirtschaftliche Bindung durch eine wirtschaftliche Maßnahme verursacht. Was aber gerade

---

1) Zum Ausschluß der Preisempfehlung und des "gentlemen agreement" siehe auch unten S. 138 ff.

2) Vgl. statt vieler Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 41 und 42; Huber S. 102.

eine rechtliche Maßnahme (Bindung) oder eine wirtschaftliche Maßnahme (Bindung) ist, wird aus dem Wortlaut des § 16 nicht ersichtlich. Es kann jedoch festgestellt werden, daß Bindungsmaßnahmen, die nicht einem im weitesten Sinne gedachten rechtlichen oder wirtschaftlichen Bereich angehören, nicht von § 16 erfaßt werden. Bindungen gesellschaftlicher oder moralischer Art gehören daher nicht mehr in den Rahmen des § 16 [1]. Der Kreis der möglicherweise von § 16 geregelten Preisstellungen beschränkt sich daher auf folgende Arten der oben [2] aufgestellten Preisbeeinflussungsformen:

1. von den zweiseitigen Bindungen auf
   a) die Bindung durch Verpflichtung;
   b) die Bindung durch vertragliche Verbindung von Vor- oder Nachteilen mit der Preisein- oder Nichteinhaltung und

2. von den einseitigen Bindungen auf
   a) die Bindung durch Androhen bzw. Zufügen von Nachteilen oder Versprechen bzw. Gewähren von Vorteilen;
   b) die Bindung durch Veröffentlichen der Einzelhandelspreise und/oder Aufdruck der Preise auf der Ware o. ä.

Anhaltspunkte dafür, welche Gruppen obiger Bindungsmaßnahmen von § 16 erfaßt werden, ergeben sich aus dem logisch-systematischen Zusammenhang des Gesetzes.

---

1) A. A. ohne nähere Begründung Huber S. 102.
2) S. 10 ff.

II. Die Auslegung aus dem logisch-systematischen Gesetzeszusammenhang

1. Die Ausrichtung des Gesetzeszusammenhangs auf Sonstige Verträge im Sinne des § 15

§ 16 I ist, wie sich aus dem Wortlaut "§ 15 gilt nicht, soweit ..." ergibt, eine Ausnahmevorschrift zu § 15. § 15 erklärt Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen für nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schließt. § 15 enthält also seinem Wortlaut nach ausschließlich eine Regelung für Verträge. Aus der Ausnahmestellung des § 16 I zu § 15 ist geschlossen worden, daß jede Preisbindung einen Vertrag voraussetze [1]. Dieser Schluß ist aber keineswegs überzeugend, denn es ist denkbar, daß § 16 I nicht nur eine Ausnahme von der Regel des § 15 enthält, sondern darüber hinausgehend auch selbständig den Begriff der Preisbindung bestimmt. § 16 I würde dann zwar eine Ausnahme zu § 15 bilden, soweit § 15 im Einzelfall eingreiffe, aber er würde auch, unabhängig von einem Eingreifen des § 15 eine selbständige Regelung der Preisbindung enthalten [2], evtl. auch eine Ausnahme zu anderen im GWB enthaltenen Preisstellungsverboten (etwa dem Empfehlungsverbot in § 38 II Satz 2) treffen. Das würde auf eine Trennung von Inhalt und Begründung der Preisbindung hinauslaufen, wie sie Paul [3] vorgeschlagen hat, wobei ein

---

1) BGH WuW 58, 783 ff (788); zustimmend Baumbach-Hefermehl § 16 GWB Anm. 42; Giefers S. 48 f; Kirschstein WuW 58, 528 f; Lanzenberger GRUR 58, 595 f.
2) So wohl Kracht BB 58, 466.
3) DB 58, 1.321.

Vertrag nach § 15 nur eine der denkbaren Begründungsarten einer Preisbindung wäre. § 16 I würde den Inhalt der Preisbindung bestimmen und gleichzeitig für die vertragliche Begründung, wenn eine solche vorläge, eine Ausnahmeregelung zu § 15 treffen.

Gegen die letztere Auslegung der Worte "gilt nicht" ergeben sich jedoch Bedenken aus § 16 IV Satz 2 in Verbindung mit § 15. Nach § 16 IV Satz 1 bedürfen Preisbindungen nach § 16INr. 1 zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung beim Bundeskartellamt. § 16 IV Satz 1 bezieht sich damit eindeutig auf alle Preisbindungen, und zwar auf rechtliche sowohl wie auf wirtschaftliche. Nach Sprachgebrauch und Gesetzeszusammenhang kann die im § 16 IV Satz 1 genannte "Wirksamkeit" nur das Gegenstück zu der in § 15 genannten "Nichtigkeit" sein [1]. §16 IV Satz 1 enthält also weder eine selbständige Unwirksamkeitsregel noch eine Ausnahme zu dem Empfehlungsverbot, sondern er bestimmt allein, wie die aus § 15 sich ergebende Unwirksamkeit behoben werden kann [2]. Wenn aber § 16 IV Satz 1, das Gegenstück zu § 15, sich auf alle Preisbindungen bezieht, muß auch § 15 für alle Preisbindungen eingreifen. In diesem Falle wird es sinnlos, zwischen Inhalt und Begründung der Preisbindung zu trennen.

Eine solche Auslegung scheint jedoch zu dem Begriff der Nichtigkeit (§ 15) im Widerspruch zu stehen. Nichtig ist ein Geschäft im Gegensatz zur bloßen Unwirksamkeit, wenn ihm die rechtliche Wirkung definitiv versagt ist [3]. Eine Heilung der Nichtigkeit ist grundsätzlich ausgeschlossen [4]. Soll aber § 16 IV Satz 1 von einer

1) BGH WuW 58, 783 ff (785).
2) Lanzenberger GRUR 58, 595; Pinder DB 58, 829.
3) Enneccerus-Nipperdey § 145 II C; Hölder S. 240; a. A. Leonhard S. 433.
4) Lehmann § 27 II c.

Unwirksamkeit der Preisbindung ausgehen, die behoben werden kann, so ist man genötigt, für die Zwischenzeit schwebende Unwirksamkeit anzunehmen. Dies widerspricht dem von endgültiger Unwirksamkeit ausgehenden Begriff der Nichtigkeit. Unter diesen Umständen bliebe dann nichts anderes übrig, als die Worte "gilt nicht" dahin aufzufassen, daß es an einem sachlichen Verbot der Preisbindung überhaupt fehlt, daß § 15 also für Preisbindungen niemals - gleichgültig ob diese auf Vertrag beruhen oder nicht - Geltung haben kann [1], und man müßte weiter annehmen, daß § 16 IV Satz 1 entgegen seinem Wortlaut eine selbständige Unwirksamkeitsregel enthält [2].

Dieser Nichtigkeitsbegriff gilt jedoch nicht ausnahmslos. Es ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, auch wenn ein Gesetz für den Fall, daß die erforderliche behördliche Genehmigung fehlt, von "Nichtigkeit" spricht, nur "schwebende Unwirksamkeit" anzunehmen, vorausgesetzt, daß eine Genehmigung noch möglich ist [3]. Das Genehmigungserfordernis dient regelmäßig dazu, der Behörde eine Kontrolle zu ermöglichen. Den gleichen Zwecken dient das Erfordernis der Anmeldung. Durch die Anmeldung werden die Preisbindungen offengelegt und der Behörde Überprüfungen ermöglicht [4]. Die Anmeldung ist die schwächere Form der Bewirkung staatlicher Kontrolle, denn es ist keine Prüfung und positive Äußerung der Behörden erforderlich. Daher ist es nicht angebracht, an das Fehlen der Anmeldung schärfe-

---

1) So anscheinend im Ergebnis die Revision zu LG Köln BB 58, 461 ff in BGH WuW 58, 783 ff (785).
2) So H. WRP 58, 50; vgl. auch Pinder DB 58, 829.
3) Enneccerus - Nipperdey § 190 II 3 mit weiteren Nachweisen.
4) Baumbach - Hefermehl § 16 Anm. 44.

re Folgen zu knüpfen als an das Fehlen einer behördlichen Genehmigung. Solange eine Anmeldung noch möglich ist, kann also auch bei der Preisbindung trotz des Wortlautes "nichtig" eine nur schwebende Unwirksamkeit angenommen werden. Der Wortlaut "nichtig" widerspricht daher nicht der Auffassung, daß die Wirksamkeit in § 16 IV Satz 1 nur das Gegenstück zur Nichtigkeit in § 15 ist. Wir können daher trotz des Wortlautes "nichtig" bei der oben gefundenen Auffassung bleiben, daß der von einem Vertrag ausgehende § 15 für alle Preisbindungen eingreift. Das bedeutet, daß alle Arten der Preisbindung einen Vertrag der in § 15 beschriebenen Art voraussetzen.

Aber selbst wenn man den § 16 IV Satz 1 entgegen seinem Wortlaut als selbständige Unwirksamkeitsregel, die von der Nichtigkeitsvorschrift in § 15 unabhängig ist, auffassen wollte, so daß § 15 nie für Preisbindungen eingriffe oder die Auffassung vertreten wollte, daß aus der Ausnahmestellung, die § 16 I zu § 15 einnimmt, nicht auf den Vertragscharakter jeder Preisbindung geschlossen werden dürfe, ergäbe sich doch aus dem Worte "Wirksamkeit" in § 16 IV Satz 1, daß das Gesetz sich die Preisbindung als stets auf einem Vertrage beruhend vorstellt. Unter Wirksamkeit kann nur das Gegenteil von Nichtigkeit verstanden werden. Nichtig (und damit auch wirksam) können nur Rechtsgeschäfte sein, denn Nichtigkeit bzw. Wirksamkeit bedeutet, daß die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge eines Rechtsgeschäfts endgültig nicht eintritt bzw. eintritt [1]. Als Rechtsgeschäft, auf dem eine Preisbindung beruht, ist aber nur ein Vertrag denkbar.

---

1) Vgl. BGH WuW 58, 783 ff (788); Enneccerus - Nipperdey § 202 I 4; Lehmann § 27 II 1 a.

Daß die wirtschaftliche Preisbindung nach dem Gesetzeszusammenhang stets einen Vertrag voraussetzt, ergibt sich ferner daraus, daß § 16 I in dem "Sonstige Verträge" überschriebenen zweiten Abschnitt des GWB enthalten ist [1], daß § 16 III lediglich von Verträgen spricht [2], daß § 17 I und § 19 I eine Unwirksamkeitserklärung durch die Kartellbehörde zulassen [3], die nur für Rechtsgeschäfte denkbar ist, und daß § 44 I Nr. 1 b das Bundeskartellamt in Bezug auf Verträge der in § 16 bezeichneten Art für zuständig erklärt [4]. Ebenfalls für das Erfordernis eines Vertrages bei jeder Preisbindung spricht der Wortlaut des § 16 IV 3 [5]. Nach dieser Vorschrift ist der Anmeldung ein Muster für die Preisbindung verwendeten Vertrages oder der die Preisbindung enthaltenden Vertragsbedingungen beizufügen. Auch hier geht das Gesetz vom Vorliegen eines Vertrages aus. Es wird zwar vertreten, daß § 16 IV Satz 3 nur eine Verfahrensvorschrift sei [6], aus der nicht gefolgert werden könne, daß die Preisbindung einen Vertrag voraussetze, denn selbstverständlich seien vertragliche Unter-

---

1) Vgl. Kirschstein WuW 58, 529; Giefers S. 49.

2) Vgl. Kirschstein WuW 58, 529; BGH WuW 58, 783 ff (788).

3) Vgl. Giefers S. 49; Reimann BB 58, 1.115.

4) Vgl. Giefers S. 49; Reimann BB 58, 1.115.

5) Vgl. BGH WuW 58, 783 ff (788); Kirschstein WuW 58, 592; Langen § 16 GWB Anm. III 3; Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 16 Anm. 55.

6) Kracht BB 58, 466.

lagen nur dann beizufügen, wenn sie existierten [1]. Dieser Einwand ist aber nicht überzeugend, weil nun der Hersteller nach dem Gesetze nicht verpflichtet wäre, anzugeben, wie er die wirtschaftliche Preisbindung herbeiführt, wenn diese nicht auf Vertrag beruht. Diese Konsequenz kann aber nicht gezogen werden, weil dann die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde nach § 17, die auch für die wirtschaftliche Preisbindung gilt, weitgehend unmöglich gemacht würde. Die Vertreter dieser Ansicht wollen daher den § 16 IV Satz 3 analog anwenden, wenn eine nicht auf Vertrag beruhende wirtschaftliche Preisbindung vorliegt, sie müssen also eine Lücke im Gesetz annehmen[2]. Eine Auslegung, die ohne Gesetzeslücke auskommt, dürfte jedoch den Vorzug verdienen, Auch § 16 IV Satz 3 spricht somit für das Erfordernis eines Vertrages für jegliche Form der Preisbindung. Beruht aber jede Preisbindung des § 16 auf einem Vertrage, so kann unter diesem Vertrage nur ein "Sonstiger Vertrag" nach § 15 zu verstehen sein.

Dieser Auffassung steht auch nicht entgegen, daß § 16 IV Satz 5 eine unverzügliche Anmeldung späterer Änderungen der gemeldeten T a t s a c h e n beim Bundeskartellamt verlangt. Es dürfte nicht richtig sein, wegen des Wortlauts "Tatsachen" an der Berechtigung

---

1) Gleiss BB 58, 610; Paul DB 58, 1.150 will aus dem Wortlaut "Vertragsbedingungen" folgern, daß für die wirtschaftliche Preisbindung kein Vertrag erforderlich sei; vgl. zur Ansicht Pauls a.a.O. Lanzenberger GRUR 58, 596.

2) Gleiss BB 58, 611; Loos BB 58, 176; Kracht BB 58, 466.

der Auffassung, daß jede Preisbindung einen Vertrag voraussetze, mit der Begründung zu zweifeln, daß es anderenfalls "Vertragsinhalte oder wenigstens Vertragsformulare" heißen müßte [1]. Diese Ansicht läßt außer acht, daß bei der Anmeldung nicht nur nach § 16 IV Satz 3 ein Muster des für die Preisbindung verwendeten Vertrages oder der die Preisbindung enthaltenden Vertragsbedingungen, sondern nach § 16 IV Satz 2 auch vollständige Angaben über alle vom Hersteller oder Händler den nachfolgenden Stufen berechneten Abgabepreise sowie über die Handelsspannen beizufügen sind. Diese anzumeldenden Abgabenpreise brauchen aber keineswegs stets zum Inhalte eines die Preisbindung begründenden Vertrages zu gehören. So gehört der Abgabepreis des Herstellers an den Großhändler zwar zu dem anmeldebedürftigen Sachverhalt, aber, wenn der Hersteller nur die Einzelhandelspreise bindet, nicht zum Preisbindungsvertrag. § 16 IV Satz 5 wollte sowohl den § 16 IV Satz 3 wie den § 16 IV Satz 2 erfassen. Daher konnte er nicht lediglich die Änderung von Vertragsinhalten oder -formularen anführen, sondern mußte einen Wortlaut wählen, der neben den Vertragsinhalten nach § 16 IV Satz 3 auch den Sachverhalt des § 16 IV Satz 2 erfaßte. Aus diesem Grunde ist der Gesetzgeber auf den zwar knappen aber wenig genauen Wortlaut "Tatsachen" verfallen. Daß der Gesetzgeber mit dem Wortlaut "Tatsachen" auch Verträge erfassen wollte, läßt sich schon deshalb nicht bestreiten, weil es nach allen Ansichten jedenfalls auch vertragliche Preisbindungen (etwa die rechtliche Preisbindung) gibt und auch diese unter den § 16 IV Satz 5 fallen müssen.

---

1) So aber Lukes Jus 62, 166.

Das durchschlagendste Argument für den Vertragscharakter jeder Preisbindung scheint mir jedoch der grundsätzliche Aufbau des GWB zu liefern. Das GWB verbietet in § 1 seines ersten Abschnittes, der "Kartellverträge und Kartellbeschlüsse" überschrieben ist, Verträge, die Unternehmen ... zu einem gemeinsamen Zweck schließen, soweit sie geeignet sind, ... die Marktverhältnisse ... durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen (Kartellverträge). In den §§ 2 ff läßt das Gesetz zahlreiche Ausnahmen zu. Auch diese Ausnahmen sind jedoch Kartellverträge, wenn auch eben ausnahmsweise erlaubte [1]. In § 15 des zweiten Abschnittes mit der Überschrift "Sonstige Verträge" verbietet das Gesetz die in einen gewissen Gegensatz zu den Kartellverträgen gestellten "Sonstigen Verträge". Hiervon wird dann in den anschließenden §§ 16 und 18 wieder eine Ausnahme gemacht. Hieraus kann geschlossen werden, daß auch in § 16 ein Vertrag vorliegt, der unter die "Sonstigen Verträge" des § 15 einzuordnen ist [2].

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß jede Preisbindung nach § 16, also sowohl die rechtliche wie die wirtschaftliche nach dem Gesetzeszusammenhang einen Vertrag voraussetzt, und zwar einen Sonstigen Vertrag im Sinne des § 15 [3].

---

1) Lukes Kartellvertrag S. 122 Anm. 2.

2) Dieser Beweisführung dürften die Autoren sich zuneigen, die daraus, daß § 16 in dem "Sonstige Verträge" überschriebenen Abschnitt steht, auf den Vertragscharakter jeder Preisbindung schließen wollen. Vgl. die oben S. 62 Anm. 1 aufgeführten Schriftsteller.

3) So ausdrücklich Frankf. Komm. § 16 Anm. 1.

2. Die Zweifelhaftigkeit des aus der Gesetzessystematik gewonnenen Ergebnisses

Es wird vertreten, daß ein Vertrag einen Beteiligten nur dann im Sinne des § 15 beschränke, wenn er ihm Rechtspflichten auferlege [1]. Legen wir unser obiges aus der Gesetzessystematik gewonnenes Ergebnis zu Grunde, nach dem nur auf einem Sonstigen Vertrage beruhende Preisbindungen unter§ 16 fallen, so hängt die wirtschaftliche Preisbindung beziehungslos in der Luft, da beim Vorliegen eines Sonstigen Vertrages stets die rechtliche Preisbindung gegeben ist. Die wohl radikalste Konsequenz aus dieser Schwierigkeit zieht Langen [2], der die Hinzufügung der wirtschaftlichen Bindung zu der rechtlichen in § 16 I als Sinnlosigkeit bezeichnet und den Zusatz "wirtschaftlich bindet" als nicht vorhanden betrachten will. Eine andere Ansicht will die Schwierigkeit dadurch lösen, daß sie unter grundsätzlicher Anerkennung der zwischen den §§ 15 und 16 bestehenden Deckung den § 15 und damit auch den § 16 über Verträge hinaus anwendet [3]. Teilweise glaubt man für diese Durchbrechung des Wortlautes einen Hinweis in der Begründung zu § 10 RegE (= § 15) zu finden [4]. Hier ist nämlich gesagt, daß für § 15 eine weite Formulierung gewählt worden sei, die jede Art von Bindungen erfasse. Die Vertreter dieser Ansichten kommen dazu, § 15 (auch damit § 16) im wesentlichen auch auf tatsächliche Bindungen anzu-

---

1) Langen § 16 III 3; Lukes, Jus 62, 166 Anm. 42; Gleiss BB 58, 610; Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 15 Anm. 8.

2) § 16 III 3.

3) Gleiss BB 58, 610; Huber S. 105; Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 15 Anm. 8 und im Gem.Komm. 2. Aufl. § 16 Anm. 47.

4) Gleiss BB 58, 610; Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl.§15 Anm. 8 und 2. Aufl. § 16 Anm. 47.

wenden [1]. Die verpflichtende Bindung wird dann als rechtliche, die nichtvertragliche, lediglich tatsächliche Bindung als wirtschaftliche Bindung aufgefaßt.

Zur Prüfung der Richtigkeit dieser Ansicht erscheint folgender Gang der Untersuchung als angebracht: Da ihre Grundlage in der These besteht, daß ein Sonstiger Vertrag nur im Wege einer vertraglichen Verpflichtung binden könne, ist zunächst zu klären, ob eine vertragliche Beschränkung der Gestaltungsfreiheit stets die Verpflichtung zur Beachtung eines bestimmten Verhaltens erfordert oder ob auch noch andere Möglichkeiten vertraglicher Beschränkung bzw. Bindung bestehen. Sollte sich dabei herausstellen, daß keine entsprechende Verpflichtung notwendig ist, so wäre die Frage zu beantworten, ob diese Fälle nichtverpflichtender vertraglicher Beschränkung als wirtschaftliche Bindung aufgefaßt werden können. Erst wenn sich Bedenken dagegen ergeben sollten, die evtl. nicht verpflichtenden vertraglichen Bindungen dem Begriff der wirtschaftlichen Bindung zuzuordnen, wäre die Frage zu erörtern, ob nicht § 16 entgegen der Gesetzessystematik auch nichtvertragliche Bindungen erfaßt - so wie es die ob: zuletzt zitierten Meinungen behaupten und so wie es dann allein dem Wortlaut entspricht.

a) Die Möglichkeiten vertraglicher Bindung

Nicht jeder Vertrag zwischen einem Hersteller und einem Abnehmer, der sich irgendwie auf die Gestaltungsfreiheit des Abnehmers auswirkt, fällt bereits unter

1) So ausdrücklich Huber S. 102; Gleiss BB 58, 610 erstreckt die §§ 15 und 16 auf die Fälle des § 25; Schwartz im Gem.Komm. 1. Aufl. § 15 Anm. 8 auf "Verbindliche Preisempfehlungen"; nach Tetzner S. 64 werden von § 15 Bindungen jeder Art erfaßt.

§ 15. Anderenfalls wäre fast jeder Vertrag zwischen Hersteller und Abnehmer von der in § 15 ausgesprochenen Nichtigkeit bedroht. So wird z. B. jeder Händler durch die Höhe des mit dem Hersteller vereinbarten Kaufpreises für seine Waren in der Gestaltung der Wiederverkaufspreise beschränkt, denn er kann und wird regelmäßig nicht billiger verkaufen als er eingekauft hat. Auf derartige Beschränkungen findet § 15 keine Anwendung. Nach Baumbach - Hefermehl [1] ist es für den Sonstigen Vertrag typisch, daß einem Vertragsteil eine im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Vertrages wesensfremde Beschränkung seiner Gestaltungsfreiheit auferlegt wird, die sich beim Abschluß von Verträgen mit Dritten auswirkt. Ähnlich argumentiert der Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik [2], § 10 RegE (= § 15) betreffe einen speziellen Fall des Mißbrauchs der Vertragsfreiheit, nämlich jenen Tatbestand, bei dem durch einen Vertrag ein Vertragsteil in einer über den Hauptzweck des Vertrages hinausgehenden Weise gebunden werde. Eine solche wesensfremde bzw. über den Hauptzweck des Vertrages hinausgehende Bindung liegt bei einem Kaufvertrag noch nicht in der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises. Völlig vermag diese von Baumbach - Hefermehl und dem Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik aufgezeigte Abgrenzung der von § 15 erfaßten und der ihm nicht unterfallenden vertraglichen Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit jedoch nicht zu befriedigen. So versagt sie vor allem in den Fällen, in denen die Bindung selbständig vereinbart wird [3]. Entscheidend für die Anwendung

---

1) Vorbem. zu § 15 GWB Anm. 3.

2) Bericht zu § 10 RegE (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.182), wörtlich folgend der Begr. zu § 10 RegE (Gem.Komm. 1. Aufl. S. 1.083).

3) Biedenkopf S. 183.

des § 15 ist vielmehr, ob dieser Vertrag die Gestaltungsfreiheit eines Vertragspartners dadurch einengt, daß er die an sich bestehende oder mögliche Gestaltungsfreiheit beseitigt oder verhindert. Nur Beschränkungen, die dem natürlichen Wirtschaftsablauf entsprechen und daher wettbewerbskonform sind, fallen nicht unter die Regelung des § 15. So kann ein Kaufvertrag, auch wenn er durch die Höhe des Kaufpreises den Vertragspartner in seiner Wirtschaftstätigkeit beschränkt, nicht nach § 15 nichtig sein, denn solche Verträge sind für das Funktionieren der Wirtschaft unumgänglich notwendig, sie sind unvermeidbar, soll nicht der Austausch von Gütern völlig unmöglich gemacht werden. § 15 unterfallen infolgedessen nur solche Verträge, die die Gestaltungsfreiheit eines Partners in wettbewerbsfremder Weise beschränken, d.h., die ihrem Inhalt nach ausschließlich oder jedenfalls in der fraglichen Klausel gerade auf eine Beeinflussung der Preisgestaltung oder der Wahl der Geschäftsbedingungen in Drittverträgen gerichtet sind.

Unter einer Beschränkung durch Vertrag kann in § 15 nur eine Beschränkung durch den Vertragsinhalt gemeint sein [1]. Es ist daher zu klären, was Vertragsinhalt in diesem Sinne ist. Da der Vertrag ein Rechtsgeschäft ist, gehören zum Vertragsinhalt alle und nur die rechtsgeschäftlichen Vertragsbestandteile, nicht jedoch in den Vertragstext aufgenommene Erklärungen ohne rechtsgeschäftlichen Charakter. Die Beschränkung muß durch

---

1) Vgl. Lukes Jus 62, 166 Anm. 42.

den Vertrag als rechtliches Gebilde verursacht werden [1]. Das ergibt auch folgende Überlegung: Hat der Vertrag allein die Beschränkung der Gestaltungsfreiheit zum Inhalt, was nur denkbar ist, wenn der Vertrag die Verpflichtung zu einer bestimmten Gestaltung der Drittverträge begründet, so ist der Vertrag nach § 15 nichtig. Ist jedoch die beschränkende Bestimmung nur Bestandteil eines anderen Vertrages (z.B. eines Kaufvertrages), so ist - jedenfalls zunächst - nur der beschränkende Bestandteil nichtig, denn § 15 bestimmt, daß ein Vertrag lediglich insoweit nichtig ist, wie er einen Vertragspartner in der Gestaltungsfreiheit beschränkt. Da nur Rechtsgeschäfte nichtig sein können, kann sich auch die durch § 15 gesetzte Teilnichtigkeit nur auf rechtsgeschäftliche Bestandteile eines Vertrages beziehen. Hätte nun der beschränkende Vertragsbestandteil keinen rechtsgeschäftlichen Charakter, so wäre eine Anwendung des § 15 nur so denkbar, daß der ganze Vertrag nichtig würde. Diese Folge würde aber gegen den Zweck der vom Gesetzgeber angeordneten Teilnichtigkeit verstoßen, sei es, daß § 139 BGB Anwendung findet und die Weitergeltung sich nach dem Parteiwillen richten soll, sei es, daß § 139 BGB keine Anwendung findet und der Rest des Geschäftes stets aufrecht erhalten bleiben soll [2]. In jedem

---

1) Durch diese Feststellung erledigt sich die Auffassung des BGH in WuW 58, 783 ff, der zwar einerseits auf Grund des Gesetzeszusammenhanges und der Entstehungsgeschichte für die wirtschaftliche Bindung einen Vertrag verlangt, andererseits es aber anscheinend genügen läßt, wenn die wirtschaftliche Bindung nur irgendwie äußerlich mit dem Vertrage in Zusammenhang steht. Der Argumentation des BGH folgen Baumbach-Hefermehl § 16 GWB Anm. 42, Giefers, S. 48, Kirschstein WuW 58, 528 und Lanzenberger 595; Mayer-Wegelin § 16 Anm. 6.

2) Diese Frage ist umstritten. Vgl. Schwartz im Gem.Komm. 2. Aufl. § 19 Anm. 3 ff und § 15 Anm. 25; Schwartz WuW 840; Baumbach-Hefermehl § 19 GWB Anm. 2.

Fall paßt die Teilnichtigkeitsregelung also nur, wenn zum Inhalt des Beschränkungsvertrages nur die rechtlichen Bestandteile gerechnet werden. Erklärt daher z. B. ein Unternehmer seinem Abnehmer in dem zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag, er würde ihn in Zukunft nicht mehr beliefern, wenn er für die jetzt gekauften Güter nicht die von ihm festgelegten Wiederverkaufspreise einhalte, so entbehrt diese Erklärung nach dem herrschenden Rechtsgeschäftsbegriff jedes rechtsgeschäftlichen Charakters, da sie nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist [1]. Sie hat daher für den Vertrag keinerlei rechtliche Bedeutung. § 15 greift nicht ein, denn die Beschränkung geschieht nicht durch einen Vertrag, sondern nur aus Anlaß eines solchen [2]. Zum Inhalt des Sonstigen Vertrages gehören somit nur die rechtsgeschäftlichen Bestandteile, nur durch seinen rechtlichen Inhalt kann ein Vertrag den Charakter eines Sonstigen Vertrages im Sinne des § 15 erhalten.

Es fragt sich, wann ein Vertrag zwischen Hersteller und Abnehmer durch seinen Inhalt den Abnehmer in eine Situation bringt, die geeignet ist, bestimmend auf seine Willensbildung dahin einzuwirken, für vom Hersteller gelieferte Waren einen ganz bestimmten Wiederverkaufspreis zu wählen.

Die denkbaren Möglichkeiten einer entsprechenden Vertragsgestaltung lassen sich in zwei Gruppen zusammenfassen.

---

1) Vgl. Enneccerus - Nipperdey § 145 II A.
2) Vgl. Giefers S. 50; Lukes Jus 62, 166 Anm. 42.

Der Hauptfall einer vertraglichen Beschränkung ist gegeben, wenn der Abnehmer sich dem Hersteller gegenüber verpflichtet, die vom Hersteller festgesetzten Wiederverkaufspreise einzuhalten. Die vertragliche Verpflichtung macht es dem Abnehmer zwar nicht unmöglich, seine Wiederverkaufspreise bei Geschäften mit Dritten selbst zu kalkulieren, aber sie bringt ihn in eine Situation, die geeignet ist, bestimmend auf seine Willensbildung dahin einzuwirken, eine bestimmte Preisgestaltung in Drittverträgen zu wählen. Folgt der Abnehmer nicht dem Willen des Herstellers, so muß er damit rechnen, daß dieser gerichtlich gegen ihn vorgeht und nach Erlangung eines entsprechenden Urteils im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO seinen Anspruch durch Geldstrafen oder Haft durchsetzt. Das wird zur Folge haben, daß der Abnehmer sich normalerweise dem Willen des Herstellers beugt.

Als zweite Möglichkeit einer Beschränkung durch Vertrag kommt in Betracht, daß ein Vertrag zwischen Hersteller und Abnehmer an die Einhaltung der vom Hersteller vorgeschriebenen Wiederverkaufspreise Vor- und Nachteile knüpft. Auch die vertragliche Verbindung von Vor- oder Nachteilen mit der Ein- bzw. Nichteinhaltung schafft für den Abnehmer eine Situation, die geeignet ist, bestimmend auf seine Willensbildung dahin einzuwirken, für vom Hersteller gelieferte Waren dessen Willen bezüglich der Preisgestaltung in Drittverträgen zu berücksichtigen, vorausgesetzt, daß die Vor- bzw. Nachteile von einer gewissen Erheblichkeit sind. Im einzelnen läßt sich dieses Ziel durch drei Arten einer Vertragsgestaltung erreichen, die jedoch untereinander eng verwandt und daher in der Praxis

oft schlecht auseinanderzuhalten sind [1]. Zunächst kommt hier die konditionale Verknüpfung der Preiseinhaltung mit einer Leistung des Herstellers (Gewährung von Vorteilen) oder auch einer Leistung des Abnehmers (Zufügung von Nachteilen) in Betracht [2]. Die Zahl der möglichen Gestaltungen einer konditionalen Verknüpfung ist sehr vielfältig, es kommt z. B. ebenso gut ein Treuerabattversprechen wie ein selbständiges Strafversprechen in Frage. Auch der Vorbehalt eines Rücktritts- bzw. Kündigungsrechts des Herstellers für den Fall der Nichteinhaltung der von ihm festgelegten Wiederverkaufspreise kann für den Abnehmer eine Situation schaffen, die wegen der mit einem Rücktritt bzw. einer Kündigung des Herstellers verbundene Nachteile für den Abnehmer geeignet ist, nachdrücklich auf die Willensbildung des Abnehmers dahin einzuwirken, für vom Hersteller gelieferte Waren dessen Willen bezüglich der Preisgestaltung in Drittverträgen zu berücksichtigen. In diesen Kreis gehört auch der Fall einer kausalen Verknüpfung zwischen einer Leistung des Herstellers und der Preiseinhaltung des Vertragspartners (§ 812 I Satz 2 a. E. BGB) [3]. In allen diesen Fällen bewirkt der Vertrag durch die Verbindung mit Vor- bzw. Nachteilen eine Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Abnehmers, sofern nur die Vor- oder Nachteile eine gewisse Erheblichkeit aufweisen. Letzteres kann nur durch Wertung

---

1) Vgl. S. 11 ff.

2) Vgl. Rittner S. 37 ff; Oertmann S. 16; v. Tuhr Bd. II 2 S. 275 ff.

3) Vgl. Rittner S. 37 ff.

von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände entschieden werden [1].

Wir erhalten also das Ergebnis, daß in zwei Fällen ein Vertrag zwischen Hersteller und Abnehmer den Abnehmer in der Preisgestaltung für solche Waren, die er vom Hersteller bezogen hat, beschränkt:

1. wenn der Vertrag dem Abnehmer die Verpflichtung auferlegt, die vom Hersteller angegebenen Preise zu beachten
   und
2. wenn der Vertrag an die Einhaltung oder Nichteinhaltung der vom Hersteller festgesetzten Preise Vor- bzw. Nachteile von einiger Erheblichkeit knüpft.

Letzteres kann geschehen durch konditionale oder kausale Verknüpfung oder durch Rücktritts- bzw. Kündigungsvorbehalt. Dieses Ergebnis wird durch die Begründung zu § 10 RegE bestätigt. Die Begründung spricht von einer "weiten Formulierung" des § 10. Nach dem ganzen Sinnzusammenhang kann sich diese Aussage nur auf die Wahl des Wortes"beschränken" beziehen und sie kann nicht, wie irrtümlich auch angenommen wird [2], den Sinn haben, daß § 10 über Verträge hinaus anwendbar sein soll, denn die Begründung spricht nur von Vertragsbeteiligten. Da die Begründung dann gleich im nächsten Satz betont, daß es nicht erforderlich sei, daß die Bindung der Beteiligten auf einer Verpflichtung beruhe, darf man davon ausgehen, daß der Gesetzgeber mit der weiten Formulierung "beschränken" gerade die enge Fassung "verpflichten" vermeiden wollte.

---

1) Vgl. Frankf. Komm. § 15 Anm. 33 f.

2) Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 15 Anm. 8;2.Aufl. § 16 Anm. 47; Gleiss BB 58, 610.

Es fallen daher nicht lediglich Bindungen durch vertragliche Verpflichtung, sondern auch Bindungen durch vertragliche Verknüpfung von Vor- oder Nachteilen mit dem Verhalten des Gebundenen unter § 15.

b) Die Widersprüchlichkeit von Wortlaut und Gesetzessystematik

Angesichts des Gesetzeszusammenhanges, nach dem nur vertragliche Bindungen unter die Regelung des § 16 fallen können und der herrschenden Anschauung, die unter einer rechtlichen Bindung allein die vertragliche Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten versteht, läge es nahe, die nichtverpflichtenden vertraglichen Bindungsmöglichkeiten als wirtschaftliche Bindung im Sinne von § 16 aufzufassen. So wird denn auch behauptet [1], daß in der Wirkung zwischen den verpflichtenden und den nichtverpflichtenden vertraglichen Bindungen ein Unterschied bestehe, der ihrer Einordnung einerseits unter rechtliche, andererseits unter wirtschaftliche Bindungen rechtfertige, denn ein Vertrag könne zur Beachtung der Festpreise entweder unmittelbar durch rechtlichen Zwang oder mittelbar durch wirtschaftlichen Druck anhalten. Diese Einteilung mag zunächst recht einleuchtend erscheinen, denn zwischen den verschiedenen Arten vertraglicher Bindung besteht in der Tat insofern ein Unterschied, als bei der einen unmittelbar ein Anspruch auf Einhaltung der Festpreise besteht, während bei den anderen die Ein- oder Nichteinhaltung lediglich Ansprüche und Verpflichtungen anderen Inhalts zum Entstehen oder Erlöschen bringt,

1) Frankf. Komm. § 15 Anm. 30.

wodurch nur mittelbar auf die Beachtung der Festpreise hingewirkt wird. Bei näherer Nachprüfung erscheint diese Unterscheidung der vertraglichen Bindungen jedoch als zumindest zweifelhaft. Der rechtliche Zwang der verpflichtenden Bindung äußert sich für den Verpflichteten, wenn er der Bindung nicht gerade aus Rechtstreue - was selten sein dürfte - folgt, lediglich in den Lasten, insbesondere Kosten eines verlorenen Prozesses und der anschließenden Zwangsvollstreckung. Da es um die Vollstreckung einer unvertretbaren Handlung, deren Vornahme ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt, geht, wird der Gebundene zur Gestaltung der Wiederverkaufspreise nach dem Willen des bindenden Herstellers durch Beugemittel, nämlich Geldstrafen und Haft, angehalten (§ 888 ZPO). Dies zeigt, daß auch die Bindung durch Verpflichtung, ebenso wie die anderen vertraglichen Bindungsarten lediglich durch mittelbaren Druck wirkt. Sie unterscheidet sich insoweit überhaupt nicht von den nichtverpflichtenden vertraglichen Bindungsarten. Aus einer Unterscheidung mittelbarer oder unmittelbarer Wirkungen der einzelnen vertraglichen Bindungsarten ergeben sich daher keine überzeugenden Gründe dafür, zwischen rechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen vertraglicher Art zu unterteilen. Dieselben Argumente, die für die Zuordnung der nichtverpflichtenden vertraglichen Bindungen zur wirtschaftlichen Bindung geltend gemacht werden, könnten auch für die gleiche Einordnung der verpflichtenden Bindung angeführt werden. Andere Gründe, die gerade eine Zuordnung der nichtverpflichtenden vertraglichen Bindungen zur wirtschaftlichen Bindung im Sinne von § 16 rechtfertigen könnten, sind jedoch nicht ersichtlich.

Andererseits sprechen jedoch beachtliche Gründe dafür, alle vertraglichen Bindungen der rechtlichen Bindung des § 16 zuzuordnen. Die verpflichtende Preisbindung wird völlig unstrittig dem Begriff der rechtlichen Preisbindung unterstellt; meist wird sie gar als ihre alleinige Form angesehen. Begründen läßt sich diese Ansicht nur damit, daß die verpflichtende Bindung auf einer dem rechtlichen Bereiche angehörenden Maßnahme beruht. Mit den gleichen Argumenten wie die vertragliche Verpflichtung könnte jedoch auch die konditionale und die kausale Verknüpfung oder der aufschiebend bedingte Rücktrittsvorbehalt als rechtliche Bindungsmaßnahme angesehen werden, denn einmal beruht auch ihre Wirkung darauf, daß sie von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellt und sanktioniert werden, zum anderen gestalten auch sie die Rechtssphäre des Gebundenen. Er erhält entweder durch eine aufschiebende Bedingung eine gesicherte Aussicht (Anwartschaft) auf die bei ihrem Eintritt zu erwartenden Rechtswirkungen, oder es ergeben sich für ihn sofort Vollrechte aus einem Vertrage, die aber dauernd unter dem Damoklesschwert ihres Fortfalls stehen, wie etwa bei der auflösenden Bedingung und den ihr verwandten Gestaltungen, dem aufschiebend bedingten Rücktrittsvorbehalt und der kausalen Zweckvereinbarung. Infolgedessen müßten alle vertraglichen Bindungen dem Begriff der rechtlichen Bindung zugeordnet werden. Bliebe man bei dem aus der Gesetzessystematik gewonnenen Ergebnis, daß § 16 nur vertragliche Bindungen erfaßt, so wäre die Einfügung der Worte "oder wirtschaftlich" in § 16 eine Sinnlosigkeit. Gäbe man jedoch dem Wortlaut des § 16 den Vorzug, so könnte unter der wirtschaftlichen Bindung eine Bindung durch nichtvertragliche, durch rein wirtschaftliche Maßnahmen verstanden werden, etwa eine Bindung durch Androhen wirtschaftlicher Nachteile. Hinsichtlich

der wirtschaftlichen Bindung ergäbe sich somit das von den bereits oben [1] aufgezeigten Meinungen vertretene Ergebnis.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß das aus dem Gesetzeszusammenhang gewonnene Ergebnis infolge seiner Widersprüchlichkeit zum Wortlaut des § 16 erheblichen Zweifeln unterliegt. Denn einerseits ist es nicht unbedenklich, die nichtverpflichtenden vertraglichen Bindungen der wirtschaftlichen Bindung einzuordnen, unterstellt man sie jedoch andererseits der rechtlichen Bindung, so wird entweder die Erwähnung der wirtschaftlichen Bindung in § 16 - also der Wortlaut dieser Vorschrift - sinnlos oder man ist gezwungen , das aus der Gesetzessystematik gewonnene Ergebnis zu verwerfen. Dem logisch-systematischen Zusammenhang des GWB kann daher für die Auslegung des § 16 keine entscheidende Bedeutung zukommen. Es muß vielmehr versucht werden, den Wortlaut dieser Bestimmung mit den noch verbleibenden Möglichkeiten klassischer Auslegung, der historischen und der teleologischen Methode, zu interpretieren. Bei der Ablehnung des Gesetzeszusammenhanges als wesentliches Auslegungskriterium ist ferner zu bedenken, daß das GWB bei weitem nicht die genaue redaktionelle Bearbeitung erfahren hat, wie etwa das BGB. Auch der Bundesgerichtshof [2] sieht in den redaktionellen Argumenten für die von ihm vertretene Auffassung keinen Beweis, sondern lediglich "einen gewissen Hinweis" [3].

Der Gesetzeszusammenhang deutet jedoch darauf hin, daß zumindest alle vertraglichen Bindungen unter § 16 fallen können, mit Sicherheit läßt sich dies allerdings nur für die verpflichtende Bindung sagen.

---

1) S. 66 Anm. 4.

2) WuW 58, 783 ff (788).

3) Vgl. auch Lukes Jus 62,166 und Paul DB 58, 1.319.

III. Die historische Auslegung

Auch die Normvorstellungen der an der Schaffung des auszulegenden Gesetzes beteiligten Organe bilden ein wichtiges Auslegungskriterium. Es kann davon ausgegangen werden, daß diese dabei bestimmte Überlegungen zugrunde gelegt haben und daß sie demgemäß mit den von ihnen gewählten Formulierungen ganz bestimmte Vorstellungen verbunden haben. Es spricht daher zumindest eine Vermutung dafür, daß diese Normvorstellungen die vom Gesetzgeber selbst bewußt getroffenen Grundentscheidungen über Sinn und Zweck des Gesetzes, die bei der Auslegung grundsätzlich zu beachten sind [1], für die in Frage stehende Gesetzesnorm als Ergebnis eingehender Prüfungen und Überlegungen in vernünftiger Weise konkretisieren. Sie ergeben daher zumindest wertvolle Anhaltspunkte für das Verständnis einer Gesetzesbestimmung und sind daher bei der Auslegung zu beachten [2].

Weder in der Begründung zum RegE noch in den Berichten über die Ausschuß- und Plenarverhandlungen des Bundestages wird erklärt, was unter der wirtschaftlichen oder der rechtlichen Preisbindung zu verstehen sei. Der einzige Hinweis darauf, was die an der Schaffung des GWB beteiligten Organe sich unter der rechtlichen oder wirtschaftlichen Bindung vorgestellt haben könnten,

---

1) Siehe unten S. 86 ff.

2) Larenz, Methodenlehre S. 248 f; auch das BVerfG mißt der Entstehungsgeschichte eine erhebliche Bedeutung für die Gesetzesauslegung zu. Vgl. z. B. BVerfGE 1,312; 8, 28, 151, 164, 307.

ergibt sich daraus, daß die Begründung zu § 10 RegE (= § 15) [1] sich für diese Bestimmung auf das Vorbild der sog. Kartellverordnung (KNVO) [2] und der dazu erlassenen Ausführungsverordnung (AVO) über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen vom 30. August 1930 [3] beruft. In § 1 I Buchst. b der KNVO heißt es nämlich, die Reichsregierung könne die Anwendung von Geschäftsbedingungen oder von Arten der Preisfestsetzung untersagen, die jemanden in Bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen r e c h t l i c h o d e r w i r t s c h a f t l i c h b e s c h r ä n k e n . Die hierzu ergangene AVO vom 30. August 1930 erklärt in § 1 II, die Anwendung von Geschäftsbedingungen werde untersagt, soweit sie den Abnehmer einer Ware für Waren anderer Art oder Herkunft oder für gewerbliche Leistungen in Bezug auf die Art der Preisfestsetzungen oder die Forderung von Preisen r e c h t l i c h o d e r w i r t s c h a f t l i c h b e s c h r ä n k e n . Offenbar geht also der Wortlaut des § 16 auf diese Formulierungen der KNVO und ihrer AVO zurück. Daraus ist geschlossen worden, daß nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser "die rechtliche bzw. wirtschaftliche Bindung" den gleichen Inhalt habe wie die "rechtliche bzw. wirtschaftliche Beschränkung" in der

---

1) Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1083 f.

2) 5. Abschnitt der VO des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930, RGBl. I S. 311, abgedruckt bei Müllensiefen - Dörinkel XV, 6 ff.

3) Reichsanzeiger vom 30. August 1930, abgedruckt bei Müllensiefen - Dörinkel XV, 12 f.

KNVO und der zugehörigen AVO [1]. Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht völlig überzeugend. Gegen die Stichhaltigkeit obiger Argumentation spricht allerdings nicht, daß es in § 16 "binden", hingegen in der KNVO und der AVO "beschränken" heißt [2], denn die Gesetzesverfasser verwenden die Ausdrücke "binden" und "beschränken" synonym, machen also keinen Unterschied zwischen den beiden Formulierungen [3]. Die Begründung zum RegE stellt die KNVO und die AVO jedoch als Vorbilder zu § 15 und nicht als Vorbilder zu § 16 hin. In der Begründung zu § 11 RegE (= § 16) ist kein Hinweis auf die KNVO und die AVO enthalten. Nun geht zwar aus der Begründung zu § 10 RegE eindeutig hervor, daß nach der Ansicht der Gesetzesverfasser § 15 zumindest auch alle die rechtlichen und wirtschaftlichen Beschränkungen erfaßt, die bereits nach der KNVO in Verbindung mit der AVO verboten waren und daß § 16, wie auch aus der Begründung zu § 11 RegE und dem Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik zu den §§ 10 und 11 RegE [4] folgt, einer Ausnahme zu § 15 bildet, aber es erscheint doch fraglich, ob allein aus dieser Ausnahmestellung und der Anlehnung an den Wortlaut der KNVO bzw. der AVO entnommen werden kann, daß die Formulierung in § 16 den gleichen Inhalt hat wie der Begriff der rechtlichen und wirtschaftlichen Beschränkung in jenen Vorschriften aus dem Jahre 1930. Es ist zu bedenken, daß die KNVO und ihre AVO

---

1) BGH WuW 58, 783 ff (789); zustimmend z. B. Fikentscher S. 28 f.

2) So aber anscheinend Lukes Jus 62, 166 Anm. 40.

3) Vgl. oben S. 33 ff.

4) Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.182 f.

bzw. § 15 einerseits und § 16 andererseits grundverschiedene Ziele verfolgen, nämlich die ersteren Vorschriften die Verhinderung von Preisbindungen, § 16 hingegen ihre ausnahmsweise Zulassung unter ganz bestimmten Voraussetzungen. Diese verschiedenartige Zweckrichtung der Vorschriften läßt es zweifelhaft erscheinen, ob die Ähnlichkeit des Wortlautes der KNVO und der AVO mit der Ausdrucksweise in § 16 mehr bedeutet als die bloße Übernahme einer bestehenden Formulierung.

Selbst wenn man jedoch sich der Ansicht anschließt, daß die Gesetzesverfasser in § 16 gerade die Beschränkungen zulassen wollten, die in der KNVO in Verbindung mit der AVO verboten waren, so wäre damit für die Auslegung des § 16 noch wenig gewonnen. Es ist nämlich völlig ungeklärt, was unter einer rechtlichen oder wirtschaftlichen Beschränkung im Sinne der KNVO und der AVO zu verstehen ist. Soweit ersichtlich, liegen zu dieser Frage weder Gerichts- noch Verwaltungsentscheidungen vor. Der Bundesgerichtshof [1] glaubt allerdings mit Bestimmtheit annehmen zu können, daß die KNVO und die AVO nur vertragliche Bindungen bzw. Beschränkungen hätten treffen wollen, und er sieht darin die Hauptstütze seiner Ansicht vom "vertraglichen Charakter" der rechtlichen und wirtschaftlichen Bindung im Sinne des § 16. Für diese Ansicht beruft er sich auf ein Schreiben des Reichswirtschaftsministeriums an den damaligen Reichsverband der Deutschen Industrie, [2] das es unternimmt, den § 1 der AVO vom 30. August 1930 klarzustel-

1) WuW 58, 783 ff (789).

2) Abgedruckt bei Müllensiefen - Dörinkel XV, 13 ff.

len. Es heißt dort, in den beiden Absätzen des § 1 AVO würden die beiden Vertragssysteme getroffen, der sich die Praxis bedient habe, um den Abnehmern Verpflichtungen bzw. Beschränkungen der in der AVO benannten Art aufzuerlegen. Es seien dies einmal die sogenannten Reversverträge. Das andere System bestehe in der Verpflichtung der Abnehmer durch Anwendung von Geschäftsbedingungen. Bei den Geschäftsbedingungen stehe der Verpflichtung eine wirtschaftliche Beschränkung des Abnehmers in seiner Preisbemessung gleich, etwa derart, daß der Einkaufspreis ein anderer sei für solche Abnehmer, die eine bestimmte Art der Preisfestsetzung oder eine bestimmte Preisstellung beobachten, als für solche, die dies nicht tun. Das Reichswirtschaftsministerium war also der Ansicht, daß die wirtschaftliche Beschränkung in den Geschäftsbedingungen des Lieferanten enthalten sein, also zum Inhalt des Liefervertrages gehören müsse. Diese Auslegung des Reichswirtschaftsministeriums hat jedoch nicht den Charakter einer authentischen Interpretation, sie ist ebenso wenig bindend wie irgendeine Literaturansicht [1]. Vor allem muß aber berücksichtigt werden, daß das angeführte Schreiben sich ausdrücklich nur auf die AVO vom 30. August 1930 bezieht. Die in erster Linie von den Gesetzesverfassern zu § 15 als Vorbild bezeichnete KNVO weicht aber gerade an der für die Auslegung des Begriffs der rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Beschränkung entscheidenden Stelle vom Wortlaut der AVO ab. Während in § 1 II AVO nur von Geschäftsbedingungen, die einen Abnehmer in Bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen rechtlich oder wirtschaftlich beschränken, die Rede ist, spricht § 1 I Buchst. b der KNVO von

1) Frankf. Komm. § 15 Anm. 31; Huber S. 108; Lukes Jus 62, 167 Anm. 43.

Geschäftsbedingungen oder von A r t e n d e r P r e i s f e s t s e t z u n g , die jemanden in Bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen rechtlich oder wirtschaftlich beschränken. Die KNVO kennt somit neben der Beschränkung durch Geschäftsbedingungen auch noch die durch andere Arten der Preisfestsetzung. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, daß auch diese anderen Arten der Preisfestsetzung vertragliche Beschränkungen sein müßten, sind nicht ersichtlich. Die Formulierung der KNVO deutet somit keineswegs darauf hin, daß die wirtschaftliche bzw. rechtliche Beschränkung gerade stets eine vertragliche sein müsse. So sagt denn auch Goldbaum [1], die rechtliche Beschränkung sei die durch Verträge, die wirtschaftliche Beschränkung hingegen sei dann gegeben, wenn der Lieferant zwar keine Verpflichtung verlange, daß der Abnehmer gewisse Preise innehalte, wohl aber dem Abnehmer zu verstehen gebe, daß er ihn nicht mehr beliefere, falls der Abnehmer nicht gewisse Preise innehalte. Dieser Ansicht hat Callmann [2] zugestimmt. Aus der Gegenüberstellung von vertraglicher Beschränkung einerseits und wirtschaftlicher Beschränkung andererseits folgt, daß nach der Ansicht Goldbaums die wirtschaftliche Bindung gerade keine vertragliche ist [3]. Zumindest für die KNVO ist es also recht zweifelhaft, ob diese lediglich vertragliche Beschränkungen erfaßte. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß die Ansicht der Gesetzesverfasser in der Begründung zu § 10 RegE, § 10 erfasse die Tatbestände der KNVO und der AVO, auf einem Irrtum beruht. Damit hängt aber die Feststellung,

---

1) S. 15.

2) S. 428.

3) Giefers (S. 52) führt allerdings Goldbaum gerade als Zeugen für seine Auffassung vom Vertragscharakter der wirtschaftlichen Bindung an. Wie hier jedoch auch Becher BB 58, 610 und Kracht BB 58, 466.

welche Vorstellungen die Gesetzesverfasser zu der fraglichen Formulierung des § 16 bewogen haben, entscheidend von der Beantwortung der Frage ab, ob es ihnen darauf ankam, mit § 16 nur vertragliche Bindungen zu erfassen oder alle die Bindungen, die schon unter die KNVO oder die AVO fielen. Für die nichtvertraglichen Bindungen würde § 16 Abs. 1 im letzteren Fall dann keine Ausnahme zu § 15 treffen, denn diese fallen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht unter § 15; die Bedeutung des § 16 I läge für diese Art der Preisbindung dann etwa darin, daß er sie den Regeln des GWB über Preisbindungen (z. B. den §§ 16 IV, 17 oder 26) unterwürfe. Eine zweifelsfreie Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist aus den Gesetzesmaterialien nicht möglich. Immerhin mag jedoch die ausdrückliche Bezeichnung des § 16 als Ausnahme zu § 15 darauf hindeuten, daß der Gesetzgeber die Vorstellung gehabt hat, § 16 privilegiere nur Bindungen im Sinne von § 15. Diese schwachen Anhaltspunkte vermögen eine einigermaßen haltbare Auslegung des Gesetzes nicht zu begründen.

Es kommt hinzu, daß bei der zweiten Lesung des GWB im Bundestag [1] der § 38 II in das Gesetz eingefügt worden ist. Diese Vorschrift enthält nach h. L. [2] u. a. auch ein Verbot der Preisempfehlung und damit ein Verbot nichtvertraglicher Preisstellungen. Damit wird es möglich, § 16 auch als Ausnahme zu § 38 II aufzufassen [3]. Diese Möglichkeit konnte in der Begründung zum

---

1) 222. Plenarsitzung des 2. Bundestages vom 3. Juli 1957 (amtl. Bericht S. 13.155 ff, abgedruckt im Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.218 ff).

2) Siehe unten S. 87 ff.

3) So z.B. Kracht BB 58, 466.

RegE und den Ausschußberichten noch nicht übersehen werden. Schon wegen der fehlenden Beachtung des weit über § 15 hinausreichenden Verbots von Preisstellungen kann die sich auf den Ausnahmecharakter des § 16 zu § 15 gründende evtl. Vorstellung der Gesetzesverfasser vom Vertragscharakter der wirtschaftlichen und rechtlichen Bindung für die Auslegung des § 16 nicht entscheidend sein. Wir können also festhalten, daß die sich aus der Begründung zum RegE und aus den Ausschußberichten ergebenden Vorstellungen der Gesetzesverfasser zum Begriff der wirtschaftlichen bzw. rechtlichen Bindung nicht zweifelsfrei erkannt werden können und zudem auch u. U. durch die spätere Entwicklung des GWB völlig überholt sind. Die Gesetzesgeschichte ergibt also keine klare Auslegung dahin, welche Sachverhalte von § 16 I erfaßt werden.

IV. Die teleologische Auslegung

Da die Vorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Organe, insbesondere der Gesetzesverfasser, über die rechtliche bzw. wirtschaftliche Bindung nicht mit auch nur einigermaßen Sicherheit ersichtlich sind, kann eine Auslegung nur noch aus dem vom Gesetzgeber erkennbar verfolgten Zweck des Gesetzes versucht werden. Diesem Zweck kommt zudem im allgemeinen der Vorrang unter den teleologischen Kriterien zu. Zur Erkenntnis der Zwecke des Gesetzgebers können hilfsweise auch objektiv-teleologische Kriterien, wie etwa der Grundsatz, daß Gleichsinniges auch gleich zu bewerten ist, herangezogen werden, denn es ist davon auszugehen, daß die Intention des Gesetzgebers auf das sachlich Angemessene gerichtet ist. [1]

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 258 f.

1. Der Umfang des Verbotes vertikaler Preisbindungen

Bevor auf Sinn und Zweck des § 16, der Preisbindungen, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, zuläßt, eingegangen werden kann, ist zunächst zu untersuchen, inwieweit Preisbindungen grundsätzlich verboten sind.

a) Das Verbot des § 15 in Verbindung mit § 38 I Ziff. 1

Hinsichtlich der Reichweite des § 15 kann auf die oben[1)] getroffenen Feststellungen verwiesen werden. Danach betrifft § 15 alle Preisbindungen, die durch einen auf Preisbeeinflussung gerichteten Vertrag zwischen Hersteller und Abnehmer hervorgerufen werden, gleichgültig ob der Abnehmer zur Preiseinhaltung verpflichtet wird oder ob an die Ein- bzw. Nichteinhaltung besondere Vor- oder Nachteile geknüpft werden. Der Abschluß eines solchen Vertrages ist allerdings nicht verboten, denn § 15 ordnet nur die Nichtigkeit an. Verboten ist es jedoch, sich über die Nichtigkeit eines derartigen Preisbindungsvertrages hinwegzusetzen, § 38 I Ziff. 1.

b) Das Verbot der §§ 38 II Satz 2 und 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25

Nichtvertragliche Preisbindungen könnten durch § 38 II Satz 2 verboten sein. Nach dieser Vorschrift sind Empfehlungen, "die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen

---

1) S. 71 ff.

durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben", verboten [1]. Was unter einer Empfehlung im Sinne des § 38 II Satz 2 zu verstehen ist, gehört zu den umstrittensten Problemen des ganzen GWB. Einigkeit herrscht allein in drei Punkten: Es muß, damit der Tatbestand einer Empfehlung gegeben sein kann, zumindest die Mitteilung eines Preises an Händler oder an Verbraucher oder an beide vorliegen [2]. Weiter gehört es zum Begriff der Empfehlung, daß die übermittelte Erklärung rechtlich unverbindlich ist[3], denn anderenfalls greift § 15 evtl. in Verbindung mit § 38 I Ziff.1 ein. Ferner besteht Einigkeit darin, daß die Empfehlung zwar keine Willenserklärung ist, daß jedoch für die Einstufung eines Vorgangs als Empfehlung der objektive Erklärungswert des äußeren Erklärungstatbestandes maßgebend ist, denn die Empfehlung wirkt wie eine Willenserklärung nach außen [4]. Uneinigkeit besteht dagegen in der Frage, zu welcher Intensität der Willensbeeinflussung die Mitteilung geeignet sein muß, damit sie als Empfehlung klassifiziert werden kann. Hier lassen sich im wesentlichen drei Auffassungen unterscheiden:

---

1) BGH WuW 58, 783 ff; Huber S. 19; Lukes Jus 62, 215.

2) Benisch DB 57, 790; Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 4; Fikentscher S. 61; Gleiss BB 58, 431; Gnam NJW 52, 133; Hengstenberg WuW 58, 441; Huber S. 45; Lukes Jus 62, 216; Mayer-Wegelin DB 58, 188; Seydel WRP 57, 254; Würdinger WuW 58, 503; Mayer-Wegelin im Gem. Komm. 2. Aufl. § 38 Anm. 19.

3) BGH WuW 60, 347 ff (348); BGH WuW 58, 786 (783 ff); Baumbach-Hefermehl § 38 GWB Anm. 6; Gnam NJW 52, 133; Huber S. 45; Hengstenberg WuW 58, 341; Mayer-Wegelin DB 58, 188; Pinder DB 57, 597; Mayer-Wegelin im Gem. Komm. 2. Aufl. § 38 Anm. 19.

4) Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 11; Fikentscher S. 61; Giefers S. 27.

Nach der ersten Theorie wird die Empfehlung als Mitteilung, in der der Mitteilende ein Verhalten oder bestimmte Maßnahmen als richtig, angemessen oder zweckmäßig bezeichnet, charakterisiert [1]. Huber [2] sieht den Kern dieser Theorie darin, daß sie die Empfehlung als "Ausdruck der Erwartung" auffaßt. Nach Giefers [3] ist bei dieser Auffassung für die Empfehlung ein Element des Rates typisch. Wie man nun auch den Wesenskern dieser Auffassung charakterisieren mag, es fällt jedenfalls unter diesen weitesten der vertretenen Empfehlungsbegriffe schon jeder Hinweis, jede Anregung oder jeder Rat.

Eine andere Theorie faßt den Empfehlungsbegriff schon etwas enger [4]. Hiernach liegt das Wesen der Empfehlung nicht in einem Hinweis oder einem Ratschlag, sondern in einem "Akt der Willensbeeinflussung" [5]. Es genügt nicht, daß der Empfehlende ein bestimmtes Verhalten als zweckmäßig bezeichnet, sondern es muß aus der Erklärung auch erkennbar werden, daß der Empfehlende gerade ein solches Verhalten des Empfehlungsempfängers wünscht. Zu dem Element des Rates muß das Element des Wunsches hinzutreten, wie Giefers sich ausdrückt [6]. Für die Empfehlung ist nach dieser Auffassung - um mit Baumbach-Hefermehl [7] zu

---

1) Benisch DB 57, 798; Bussmann WuW 55, 277; Gnam NJW 52, 133; Hoth WRP 58, 293; Kamberg WuW 53, 293; LG Köln BB 58, 461 ff (463); Lutz NJW 58, 128; Mayer-Cording NJW 53, 566; Paul DB 58, 1.320; Seydel WRP 57, 254.

2) S. 46.

3) S. 27.

4) BGH WuW 60, 347 ff (348); Baumbach-Hefermehl § 38 GWB Anm. 11; Büntig BB 60, 384; Fikentscher S. 61; Frankf. Komm. § 38 Anm. 69; Giefers S. 35; Gleiss BB 58, 431; Gleiss-Kracht MA 64, 42; Gnam NJW 52, 133; Hengstenberg WuW 58, 441; Katzler WuW 52, 343; Lieberknecht MA 58, 236; Lukes Jus 62, 217; Mayer-Wegelin § 38 Anm. 10 a und in DB 58, 188; Mayer-Wegelin im Gem.Komm. 1. Aufl. und 2.Aufl.§ 38 Anm. 19, § 38 Anm. 25; Tetzner S. 141.

5) Bezeichnung von Huber S. 46.

6) S. 28

7) § 38 GWB Anm. 12.

reden - typisch ihre Bestimmungstendenz.

Nach der dritten und engsten Theorie zum Empfehlungsbegriff genügt ein Akt der Willensbeeinflussung allein noch nicht, sondern es muß der Erklärung darüber hinaus auch ein bindungsähnlicher Charakter zukommen. Die Erklärung muß durch Willensbeeinflussung das Wettbewerbsverhalten der Empfehlungsempfänger in faktisch bindender Weise bestimmen [1]. Faktisch bindend bedeutet nach Huber [2] eine der rechtlichen Bindung analoge Bindung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Art. Dabei kann die Empfehlung sich, um bindend zu wirken, entweder einer bereits vorhandenen Abhängigkeit des Empfehlungsempfängers vom Empfehlenden bedienen oder auch ein Abhängigkeitsverhältnis neu begründen, z.B. durch Drohungen.

Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner grundlegenden Entscheidung vom 14. 1. 60 [3] der zweiten Theorie angeschlossen. Er definiert die Empfehlung als eine Erklärung, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt. Dabei muß der Empfehlung jedoch (zum Unterschied etwa von bloßen Meinungsäußerungen oder tatsächlichen Mitteilungen) wesenhaft das Bestreben innewohnen, den Willen dessen, an den sie gerichtet ist, in bestimmtem Sinne zu beeinflussen. Der Bundesgerichtshof stützt sein Ergebnis im wesentlichen auf eine philologische Interpretation des Wortlautes.

---

1) Huber S. 55; Schwartz MA 58, 510.
2) S. 56.
3) WuW 60, 347 ff.

Dieser Auslegungsweg erscheint jedoch methodisch nicht ganz einwandfrei. Dem Bundesgerichtshof ist zwar zuzugeben, daß auch die Auslegung des GWB wie jedes Gesetzesverständnis an die Wortbedeutung anknüpfen muß, aber die Darlegung des Wortsinnes kann meist nur die ungefähre Schwankungsbreite des Ausdrucks umreißen. Sie kann nur einen Rahmen abstecken, dergestalt, daß der mögliche Wortsinn die Grenze der Auslegung darstellt [1]. Der vom Bundesgerichtshof festgestellte Wortsinn der Empfehlung als einer Erklärung, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt, erfaßt aber alle drei oben dargestellten Empfehlungsbegriffe. Alle drei fallen noch in den durch den möglichen Wortsinn abgegrenzten Auslegungsbereich. Welcher der drei Auffassungen des Empfehlungsbegriffs der Vorzug zu geben ist, kann daher nur aus Sinn und Zweck des GWB hergeleitet werden, denn weder der Gesetzeszusammenhang noch die Gesetzesgeschichte geben brauchbare Anhaltspunkte zum Begriff der Empfehlung. So gehen insbesondere die Materialien von einem feststehenden Empfehlungsbegriff aus, ohne zu erklären, wie sie ihn verstehen.

Die Empfehlung wird in § 38 II Satz 2, der grundsätzlichen Tendenz des GWB entsprechend, wegen ihrer den freien Wettbewerb gefährdenden Wirkung verboten. Unter Wettbewerb ist zu verstehen ein selbständiges rivalisierendes Streben der Mitbewerber [2]. Jede Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung dieses selbständigen rivalisierenden Strebens stellt eine Wettbewerbsbe-

---

1) Larenz, Methodenlehre S. 241 f, 258.

2) Siehe oben S. 37 ff.

schränkung dar. Entscheidend für das Vorhandensein von Wettbewerb ist also allein das Verhalten der Wettbewerber: solange diese selbständig rivalisierend streben, ist Wettbewerb vorhanden. Geben die Wettbewerber jedoch das selbständige rivalisierende Streben auf, sei es freiwillig oder gezwungen, sei es aus eigenem Antrieb oder als Folge einer Beeinflussung von außen, so ist der Wettbewerb beschränkt. Dabei ist zu beachten, daß gleichförmiges Verhalten der Wettbewerber nicht identisch ist mit der Wettbewerbsbeschränkung [1]. Zwar ist gleichförmiges Verhalten in aller Regel die Folge einer Wettbewerbsbeschränkung, aber es kann ebenso gut auch Ausdruck höchster Rivalität sein [2]. Gegenseitige Beeinflussung im Wettbewerbserfolg ist Inhalt der den Kern des Wettbewerbsbegriffs bildenden Rivalität. Die gegenseitige Beeinflussung äußert sich aber häufig gerade darin, daß ein Wettbewerber in seinen Preisen usw. auf das Niveau der Konkurrenz nachzieht und sich äußerlich völlig angleicht. Ein solches gleichförmiges Verhalten als Ausdruck des Wettbewerberstrebens ist in der Wirtschaft weithin die Regel. Fast überall hat sich ein gewisses Preisniveau eingependelt. Nun will aber das GWB die Wettbewerber nicht zwingen, selbständig rivalisierend zu streben, es bleibt vielmehr jedem Wettbewerber grundsätzlich unbenommen, selbst zu bestimmen, ob und wie er am Markte konkurrieren will. Jeder Wettbewerber kann sich dafür entscheiden, in die höheren Preise eines Mitbewerbers einzutreten oder auch sich niedrigeren Preisen des anderen, obwohl er es könnte,

---

1) Hier wird häufig nicht genügend unterschieden. Vgl. z. B. Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 18; Giefers S. 81 f; Roth WRP 59, 101 f.

2) Benisch WuW 60, 358.

nicht anzuschließen, einfach weil er bewußt nicht konkurrieren will [1]. Es findet sich keine Norm im GWB, die einen solchen völlig autonomen Entschluß oder seine Durchführung verböte, und dies zu Recht, denn es wäre in aller Regel nicht nachweisbar, ob ein Wettbewerber sich in bestimmter Weise verhält, weil er damit rivalisieren will oder weil er wettbewerbsmüde ist. Was das GWB verhindern will, sind also nicht völlig autonome, isolierte Entschlüsse einzelner Wettbewerber, die eine Wettbewerbsbeschränkung im Gefolge haben. Dies geht auch daraus hervor, daß in § 38 Satz 2 der die Empfehlung befolgende Wettbewerber keine Ordnungswidrigkeit begeht. Das GWB richtet sich vielmehr seinem Sinn und Zweck nach dagegen, daß der Ausschluß des selbständigen rivalisierenden Strebens mit anderen vereinbart oder von anderer Seite angeregt wird [2], daß also der Wettbewerb durch künstliche Maßnahmen ausgeschaltet wird. Das GWB richtet sich nicht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf selbständigen Entschlüssen der Wettbewerber beruhen, sondern nur gegen solche, die die Folge einer bewußten Einflußnahme von außen sind. Im einen Fall liegt der Unrechtsgehalt in der Vereinbarung und ihrer Befolgung, weshalb bei § 38 I Ziff. 1 beide Unternehmen mit Ordnungsstrafe belegt werden, und im anderen Fall liegt der Unrechtsgehalt in der "Anstiftung" zur Aufgabe der Rivalität. Den letzteren Fall betrifft § 38 II Satz 2. Wie mit der Anführung des Begriffs der "Anstiftung" schon angedeutet ist, genügt es für den Begriff der Empfehlung nicht, wenn zu einem bestimmten Verhalten nur geraten wird. Wenn der Wettbewerber aus völlig freiem Antrieb auf ein

---

1) Nach Benisch WuW 60, 359 liegt in diesen Fällen gar keine Wettbewerbsbeschränkung vor.

2) So schon Kamberg WuW 53, 292.

Rivalisieren verzichten darf, ohne daß das GWB dies verhindern wollte, so darf er sich auch bei einem Wirtschaftsberater oder Verband Rat holen. Dann kann aber auch der Rat, selbst wenn er befolgt wird und zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, noch nicht rechtswidrig sein. Entscheidend ist vielmehr wie bei der Vereinbarung der Wunsch, den Empfehlungsempfänger zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Eine Erklärung muß daher, um den Begriff der Empfehlung zu erfüllen, ein Element des Wunsches, eine Bestimmungstendenz enthalten. Nicht erforderlich ist es hingegen für den Begriff der Empfehlung, daß die betreffende Erklärung zu einer faktischen Bindung führt. Geschützt werden sollen durch das GWB nicht nur die an der Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar Beteiligten, nicht nur die, die auf Rivalität freiwillig oder gezwungen verzichten, sondern zumindest auch die unbeteiligten Dritten [1]. Diese werden aber durch jede Wettbewerbsbeschränkung gefährdet, gleichgültig was ihre Ursache ist. Allerdings geht das GWB nur gegen solche Wettbewerbsbeschränkungen vor, die auf einer Vereinbarung oder einer Anstiftung (der einseitigen Parallele zur Vereinbarung) beruhen. Im Ergebnis können wir also der auch vom Bundesgerichtshof vertretenen zweiten Theorie folgen und die Empfehlung definieren als eine Erklärung, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt. Der Empfehlung wohnt wesenhaft das Bestreben inne, den

---

1) Siehe oben S. 44 ff.

Willen dessen, an den sie gerichtet ist, in bestimmtem Sinne zu beeinflussen [1]. Weder genügt also ein einfacher Rat, noch ist eine faktische Bindung erforderlich. Entscheidend ist die Bestimmungstendenz, der Anstiftungscharakter der in Frage stehenden Mitteilung. Diese Mitteilung muß nicht in einer ausdrücklichen Erklärung bestehen. Jede beliebige Maßnahme eines Unternehmens, die nach ihrem objektiven Erklärungswert darauf gerichtet ist, einen anderen Unternehmer zu einem bestimmten Wettbewerbsverhalten zu veranlassen, genügt den Erfordernissen des Empfehlungsbegriffs. Lediglich die vertraglichen Einflußnahmen werden nicht vom Empfehlungsbegriff umfaßt, denn sie fallen bereits unmittelbar unter die §§ 1 oder 15 (in Verbindung mit § 38 I Ziff. 1), so daß für das lediglich subsidiäre Umgehungsverbot des § 38 II Satz 2 kein Raum bleibt.

In dem hier in Rede stehenden Zusammenhang sind lediglich die sogenannten Preisempfehlungen von Interesse, also alle nichtvertraglichen Maßnahmen eines Herstellers, die darauf gerichtet sind, einen Abnehmer zu einer bestimmten Gestaltung der Wiederverkaufspreise zu veranlassen. Jede derartige Maßnahme stellt eine

---

1) Zu dieser seiner Definition der Empfehlung scheint der BGH sich in einen gewissen Gegensatz zu setzen, wenn er bei der Subsumption des zur Entscheidung anstehenden Falles unter den § 38 II Satz 2 Preismitteilungen eines Verbandes an seine Mitglieder, die zudem noch ausdrücklich als unverbindliche Unterrichtungsmaßnahmen gekennzeichnet waren, zu den Empfehlungen rechnet. Insoweit kann die Entscheidung des BGH jedoch nicht verallgemeinert werden, da es sich bei der Prüfung, ob einer Preismitteilung eine Bestimmungstendenz innewohnt, um eine reine Tatsachenfeststellung handelt. Die Feststellung von Tatsachen entzieht sich aber der Kompetenz des BGH. Der BGH sah sich daher insoweit an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden.

Empfehlung im Sinne des § 38 II Satz 2 dar und fällt daher auch grundsätzlich unter die Vorschrift. Nun greift allerdings das Verbot des § 38 II Satz 2 nur ein, wenn durch die Empfehlung die Umgehung eines im GWB enthaltenen Verbotes durch gleichförmiges Verhalten bewirkt worden ist. Vielfach wird darüber hinaus als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal noch die faktische Bindung des Empfehlungsempfängers verlangt [1]. Diese Frage braucht hier allerdings noch nicht entschieden zu werden, da es zunächst nur darum geht, den Umfang des Verbots preis b i n d e n d e r Maßnahmen zu klären. Als Verbot im Sinne des § 38 II Satz 2 kommt nach weitaus h. L. zumindest auch § 15 in Verbindung mit § 38 I Ziff. 1 in Betracht. Das bedeutet, daß jede nichtvertragliche Maßnahme eines Herstellers, die nach ihrem objektiven Erklärungswert darauf gerichtet ist, die Abnehmer zu einer bestimmten Preisgestaltung zu veranlassen, jedenfalls dann durch § 38 II Satz 2 verboten ist, wenn der Abnehmer gebunden ist. Voraussetzung ist allerdings, daß wenigstens zwei Abnehmer der Beeinflussung folgen, da anderenfalls keine Umgehung durch gleichförmiges Verhalten bewirkt wird [2].

Häufig werden preisbindende Maßnahmen nichtvertraglicher Art auch unter das Verbot des § 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25 fallen, nämlich dann, wenn der Hersteller mit der Preiseinhaltung Vor- oder Nachteile für den Abnehmer verbindet. Nach § 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25 dürfen Unternehmen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach dem GWB nicht zum

---

1) Vgl. zu dieser Frage und zum folgenden ausführlicher unten S. 151 ff.
2) Gleiss-Kracht MA 64, 44 verlangen für "gleichförmiges Verhalten" eine Marktbeeinflussung. Wie hier jedoch auch BGH NJW 60, 723 f (724).

Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Es ist anerkannt, daß die §§ 1 und 15, obwohl sie an sich kein Verbot aussprechen, als Verbote im Sinne des § 25 anzusehen sind [1]. Anderenfalls wäre § 25 sinnlos, denn es gibt keine Vorschrift im GWB, die es verbietet, ein bestimmtes Verhalten zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung zu machen. Verboten ist erst das Sichhinwegsetzen über einen nach den §§ 1,15 unwirksamen Vertrag. § 38 I Ziff. 1. § 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25 erweitert jedoch nicht den Kreis der bereits von § 38 II Satz 2 erfaßten nichtvertraglichen Bindungsmaßnahmen, denn auch § 25 setzt voraus, daß die bindende Maßnahme nach ihrem objektiven Erklärungswert auf eine Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens (für die hier interessierenden Fälle also auf eine Beeinflussung der Preisgestaltung) gerichtet ist. Dies ergibt sich daraus, daß die Druckmittel zum Zwecke der Beeinflussung angewandt werden müssen, soll der Tatbestand des § 25 erfüllt sein.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß durch die §§ 15, 25 und 38 grundsätzlich alle Maßnahmen eines Herstellers, die auf eine Beeinflussung der Preisgestaltung der Abnehmer gerichtet sind, jedenfalls dann, wenn die Abnehmer gebunden sind, verboten werden.

2. Der Zweck des § 16

Von diesem grundsätzlichen Verbot macht § 16 für Markenwaren eine Ausnahme. Nicht hingegen ist es Zweck des § 16, ausgehend von einer grundsätzlichen Zulässig-

1) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 25 GWB Anm. 4; Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 25 Anm. 4; Giefers S. 61.

keit rechtlicher und wirtschaftlicher Preisbindungen, diese in den §§ 16 ff einer einschränkenden Regelung zu unterwerfen. Das GWB will nicht an sich zulässige Preisbindungen in § 16 einengen, sondern es will bestimmte Preisbindungen von dem generellen Preisbindungsverbot ausnehmen. Die Vorschrift des § 16 findet ihren Grund darin, daß das Gesetz - ob zu Recht oder zu Unrecht kann hier, wo es sich lediglich um die Erkenntnis der dem Gesetz innewohnenden Zwecke handelt, dahingestellt bleiben - die Interessen vor allem der Hersteller an einer Preisbindung für Markenwaren höher wertet als die Interessen der Allgemeinheit an der Verhütung der Wettbewerbsbeschränkung [1] und als die Interessen der Abnehmer an der Freiheit der Preisgestaltung.

Welche Gründe im einzelnen einen Hersteller veranlassen können, die Einzelhandelspreise zu beeinflussen, wurde bereits oben [2] beschrieben. Es kann daher insoweit auf die obige Darstellung verwiesen werden. Bei näherer Betrachtung aller dieser Gründe zeigt sich, daß das vom Hersteller mit der Preisbindung verfolgte Endziel eine Umsatzsteigerung ist. Jedoch nicht um dieses Interesses an einer Umsatzsteigerung willen, das naturgemäß beim Hersteller anonymer Waren nicht minder stark ist, läßt § 16 die Preisbindung für Markenwaren zu, sondern deshalb, weil der Preisbindung bei Markenwaren eine ganz besondere volkswirtschaftliche Bedeutung zukommt.

Durch die Marke ist die Markenware als Produkt eines bestimmten Herstellers identifizierbar und dadurch in

---

1) So Lukes Jus 62, 167.

2) S. 5 ff.

jeder Verteilungsstufe bis zum letzten Wiederverkäufer mit den gleichen Markenwaren ebenso wie mit den ähnlichen Waren anderer Marken vergleichbar. Dies zwingt den Hersteller, seine Waren in stets gleichbleibender oder gar verbesserter Güte zu liefern und gegenüber den ähnlichen Waren anderer Marken einen optimalen Qualitätsstand seines Produktes anzustreben. Es ist geradezu der Sinn der Markenware, dem Käufer jeweils die gleiche Ware mit der Gewähr gleichbleibender Güte zu verkaufen [1]. Dieses Bestreben der Markenwarenhersteller wird durch überall gleiche Preise geschützt und unterstützt, durch unterschiedliche Preise gefährdet. Ein bei jedem Verkäufer einheitlicher, von Tagesschwankungen und lokalen Monopolstellungen einzelner Händler unabhängiger und daher augenscheinlich günstiger Preis übt eine beachtliche Werbewirkung aus, während ungleiche Preise dem Verbraucher als Anzeichen wechselnder Qualität erscheinen. Infolge der psychologischen Verknüpfung von Festpreis und Warenqualität in der Vorstellung des Publikums [2] unterstützt die Preisgleichheit die durch den Hersteller verbürgte Qualitäts- und Quantitätsgleichheit und verhindert falsche Rückschlüsse seitens der Verbraucher von Preisschwankungen auf Qualitätsschwankungen [3]. Durch diese den Werbewert einer Markenware unterstützende Wirkung fördert der stets gleiche Festpreis daher letztlich die Versorgung von Handel und Bevölkerung mit Waren gleichbleibender oder gar steigender Qualität und Quantität.

---

1) Baumbach - Hefermehl § 11 GWB Anm. 10.

2) Begr. zu § 11 RegE Ziff. 1 b (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.086).

3) Röper S. 80.

Ob diese Überlegung stets und im vollen Umfange den wirtschaftlichen Tatsachen entspricht, kann hier dahingestellt bleiben, denn es ist nicht Aufgabe der Gesetzesauslegung und -anwendung, die dem Gesetz zu Grunde liegenden Leitgedanken einer Korrektur zu unterwerfen. Eine solche Korrektur mag zwar erlaubt sein, wenn der gesetzgeberische Leitgedanke offensichtlich unrichtig ist, sie kann aber dann nicht stattfinden, wenn der Gesetzgeber nach Abwägung der zu einer umstrittenen Gesetzesbestimmung vertretenen Ansichten sich ganz bewußt zu einer bestimmten Auffassung bekannt hat. Dieser letztere Fall ist aber bei der Preisbindung gegeben. Es kann daher festgestellt werden, daß die Zulassung der Preisbindung den Zweck hat, den Werbewert der Markenwaren zu schützen und zu unterstützen, um so den Herstellern den Anreiz und die Möglichkeit zu geben, die Qualität ihrer Waren zu halten und zu verbessern.

Der Gesetzgeber war sich jedoch auch durchaus der großen Gefahren bewußt, die mit der Zulassung der Preisbindung zwangsläufig verbunden sind. Insbesondere führt die Preisbindung leicht zu einer außerordentlichen Erhöhung der Handelsspannen und damit zu einer Behinderung der Versorgung des Publikums zu angemessenen Preisen [1]. Aber auch für die gebundenen Händler kann die Preisbindung zu einer unbilligen Behinderung im Wettbewerb führen. Der Gesetzgeber hat daher die Zulässigkeit vom Vorliegen gewisser einschränkender Voraussetzungen abhängig gemacht. So muß die Markenware z. B. mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler

1) Begr. zu § 12 RegE Ziff. 1 (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.087).

in Preiswettbewerb stehen. Die Preisbindung muß ferner beim Bundeskartellamt angemeldet und schriftlich abgefaßt sein. Vor allem aber sind dem Bundeskartellamt bestimmte Eingriffsbefugnisse nach § 17 für den Fall des Mißbrauchs der Preisbindung vorbehalten worden. Gegen Diskriminierung des Preisbinders sind die Abnehmer durch die §§ 823 II BGB, 35, 26 geschützt.

3. Die Notwendigkeit weitgehender Bindungsmöglichkeiten

Aus dem Ausnahmecharakter des § 16 ergibt sich, daß nur Maßnahmen, auf die das generelle Bindungsverbot der §§ 15, 25 und 38 zutrifft, unter § 16 fallen können. Das bedeutet, daß eine rechtliche oder wirtschaftliche Preisbindung nur dann vorliegen kann, wenn die Bindung auf einer Maßnahme - vertraglicher oder nichtvertraglicher Art - beruht, die auf Preisbeeinflussung gerichtet ist. Welche Bindungsmaßnahmen nun jedoch im einzelnen von § 16 erfaßt werden, hängt davon ab, ob der Zweck des § 16 ihre Privilegierung erfordert.

Sinn und Zweck des § 16 ist der Schutz des Werbewertes einer Marke im Interesse der Qualitätsförderung und -erhaltung vor Gefahren, die diesem unmittelbar oder mittelbar von einer individuellen Preisgestaltung des Handels drohen. In Verfolgung dieses Zwecks gibt § 16 den Herstellern die Möglichkeit, durch rechtliche oder wirtschaftliche Bindung auf die Preisgebarung des Einzelhandels Einfluß zu nehmen. Dieser Zweck des § 16 erfordert, daß den Herstellern alle sich noch in den Rahmen des Gesetzeswortlauts einpas-

senden Bindungen zugestanden werden, soweit sie zum Schutze des Werbewertes ihrer Marke dienlich oder gar notwendig sind und nicht achtenswerte Interessen der Allgemeinheit und der gebundenen Händler entgegenstehen. Dabei ist zu beachten, daß nach der vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung grundsätzlich das Interesse am Schutz des Werbewertes höher zu bewerten ist als das Interesse des Publikums und der gebundenen Händler an einer Verhinderung der Preisgestaltungsbeschränkung.

Völlig unstrittig ist es lediglich für die Bindung durch Verpflichtung, die klassische Form der Preisbindung, daß sie unter die Ausnahme des § 16 fällt. Für die Hersteller von Markenwaren besteht jedoch ein Bedürfnis nach einer darüber hinausgehenden Zulassung von Bindungsmöglichkeiten. In vielen Fällen ermöglicht erst eine der nichtverpflichtenden vertraglichen oder der nichtvertraglichen Bindungsarten eine Bindung der Wiederverkaufspreise oder erleichtert sie doch wenigstens sehr. So ist es z.B. denkbar, daß ein neu am Markte auftretender Markenartikelhersteller, der seine Marke erst noch zu einem "Begriff" machen und sich dazu auch des überall gleichen Festpreises bedienen will, eine Bindung durch Verpflichtung beim Handel nicht erreichen kann, weil die Drohung mit Nichtbelieferung für den Fall, daß der entsprechende Verpflichtungsschein nicht unterzeichnet wird, die Händler nicht schreckt. Es wäre dann für den jungen Markenartikelhersteller von großem Vorteil, die Einführung des Festpreises auch auf andere Weise versuchen zu können, z. B. durch das Versprechen eines Treurabattes für die Händler, die die von ihm angegebenen Wiederverkaufspreise

beachten. So wie hier dürfte es viele Fälle geben, wo es sich für den Hersteller als vorteilhafter - etwa weil psychologisch klüger - erweist, die Händler zur Preiseinhaltung nicht zu verpflichten, sondern zu "ködern". Die vertraglichen Bindungen belasten wegen des Erfordernisses eigenhändiger Unterzeichnung durch die zu bindenden Abnehmer (§ 34) den Hersteller mit einem großen Verwaltungsaufwand, denn er muß Tausende von Reversen versenden, durch seine Abnehmer unterschreiben lassen und wieder einsammeln. Demgegenüber ist die nichtvertragliche Bindung erheblich erleichtert. Hier ist eine Unterzeichnung des Gebundenen nicht notwendig, denn es genügt, die schriftliche Fixierung der Bindung [1]. Schriftlich fixiert ist aber eine Bindung schon dann, wenn sie in einem Rundbrief oder einer Zeitungsanzeige enthalten ist. So z. B., wenn der Hersteller seine Abnehmer durch das Androhen bestimmter Nachteile für den Fall der Nichteinhaltung der angegebenen Festpreise oder durch Veröffentlichung der Wiederverkaufspreise in der Presse bindet. Die Zulassung nichtvertraglicher Bindungsarten begünstigt daher vor allem kapitalschwächere und kleinere Hersteller. Mancher kleine Markenwarenproduzent müßte auf eine Preisbindung verzichten, wenn es nicht eine nichtvertragliche Bindung gäbe. Eine solche Schlechterstellung der finanzschwachen Produzenten widerspräche jedoch schon dem Gleichbehandlungsgrundsatz [2], denn eine solche Differenzierung wäre nur sachgemäß, wenn das Streben des finanzschwächeren Herstellers nach dem Schutz des Werbewertes seiner Marke weniger schutz-

1) Siehe unten S. 128 ff.

2) Vgl. die ähnliche Argumentation des BGH in WuW 58, 783 ff zur Frage der analogen Anwendung von § 16 auf Preisempfehlungen.

würdig als das des kapitalstärkeren wäre. Das ist aber im allgemeinen nicht der Fall. Ein weiterer erheblicher Vorteil der nichtvertraglichen Bindungsarten für den Hersteller besteht darin, daß das Zustandekommen der Bindung nicht von einer Zustimmung der Abnehmer abhängt, sondern daß er die Bindung einseitig einführen kann.

Diese Beispiele zeigen, daß im Wirtschaftsleben zahlreiche Situationen denkbar sind, in denen von der verpflichtenden Bindung verschiedene Bindungsarten vorteilhafter oder gar allein möglich sind. Der Schutzzweck des § 16 spricht daher dafür, den Herstellern möglichst umfangreiche Bindungsmöglichkeiten im Rahmen des Gesetzeswortlautes "rechtlich oder wirtschaftlich bindet" zuzugestehen, also neben der verpflichtenden Bindung sowohl nichtverpflichtende vertragliche als auch außervertragliche Bindungen zuzulassen.

4. Die Bedenken aus dem auf die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen gerichteten Zweck des GWB

Geht man von der Bindung durch Verpflichtung aus, von der allein sich mit völliger Sicherheit sagen läßt, daß sie unter den Wortlaut des § 16 fällt, so bedeutet obige Auslegung des § 16 demgegenüber eine bedeutende Ausdehnung. Gegen eine solche Ausdehnung ergeben sich erhebliche Bedenken aus dem Ausnahmecharakter des § 16[1].

1) Vgl. OLG Frankfurt BB 62, 351 f (351); KG BB 61, 461.

Der Zweck des GWB ist grundsätzlich darauf gerichtet, jede Beschränkung des freien Wettbewerbs zu verhindern. Werden neben der Bindung durch Verpflichtung noch weitere Bindungsarten zugelassen, so wird von diesen weiteren Bindungsmöglichkeiten nicht nur mancher Hersteller Gebrauch machen, der anderenfalls seine Abnehmer zur Preiseinhaltung verpflichtet hätte, sondern auch mancher Produzent, der sonst auf die Preisbindung verzichtet hätte. Das bedeutet aber eine Vermehrung der Preisbindungen und damit eine weitere Einengung des freien Wettbewerbs. Nun gilt jedoch der Auslegungsgrundsatz, daß Ausnahmeregeln eng auszulegen sind [1]. Daraus könnte hier zu folgern sein, daß die den Herstellern zu gestattenden Bindungsmöglichkeiten im Wege der Auslegung möglichst einzuschränken wären. Dermaßen schematisch kann aber der Grundsatz der restriktiven Auslegung einer Ausnahmevorschrift nicht angewandt werden. Es ist vielmehr stets zu prüfen, welche Grenzen nach Sinn und Zweck des Gesetzes für die Ausnahme gelten sollen. Stellt sich heraus, daß dem Ausnahmesatz ein gegenüber dem allgemeinen Grundsatz engeres Prinzip zu Grunde liegt, so ist innerhalb dieses Prinzips eine erweiterte Auslegung gestattet [2]. § 16 läßt die vertikale Preisbindung für Markenwaren und Verlagserzeugnisse zu, weil nach der Wertung des Gesetzgebers in diesen Fällen das Interesse am Schutz der Wettbewerbsfreiheit überwiegt.

---

1) RGZ 153, 1 ff (23); BGHZ 11 (Anhang), 85 ff (88).

2) BAG 1, 328 ff (329); zust. Larenz, Methodenlehre S. 260 f.

Soweit diese Interessenabwägung in Frage steht, kann es nicht darauf ankommen, wie der Hersteller die Preisbindung bewirkt, denn die Art der Bindung hat auf das Ergebnis dieser gesetzgeberischen Wertung grundsätzlich keinen Einfluß [1]. Anders wäre allerdings eine Ausdehnung des § 16 auf Nichtmarkenwaren zu beurteilen. In diesem Fall würden die durch Sinn und Zweck des § 16 gezogenen Grenzen des Ausnahmeprinzips überschritten, denn die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenwertung paßt nur für Markenwaren. Eine Zulassung aller sich noch in dem Wortlaut des § 16 einfügenden Bindungen widerspricht also keineswegs dem Ausnahmecharakter der Vorschrift des § 16. Die sich daraus ergebende Vermehrung der Preisbindungen wird durch die gesetzliche Interessenabwägung gedeckt [2].

5. Die Bedenken aus der Einseitigkeit nichtvertraglicher Bindungsarten

Die nichtvertraglichen Bindungsarten (z. B. das Androhen einer Liefersperre) sind ihrem Wesen nach einseitig, d. h. sie bedürfen zu ihrer Wirksamkeit an sich nicht der Zustimmung des Gebundenen. Man könnte nun der Ansicht sein, daß in der Zulassung solcher

---

1) Das schließt nicht aus, daß sich gegen eine Zulassung verschiedener Bindungsarten Bedenken aus den sonstigen Erfordernissen des § 16 (z. B. Offenlegungsprinzip) ergeben können. Davon wird weiter unten noch die Rede sein.

2) Ob sich auch eine Zulassung der unverbindlichen Preisempfehlungen noch innerhalb des Ausnahmeprinzips des § 16 hält, wie es der BGH WuW 58, 783 ff und NJW 63, 2.115 ff annimmt, da er die Preisempfehlungen in Analogie zu der Preisbindung zuläßt, erscheint zumindest fraglich, braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Vgl. aber unten S. 165ff.

Bindungen im Vergleich zu den eine Zustimmung erfordernden vertraglichen Bindungen eine Schlechterstellung der Abnehmer liege, die durch den Gesetzeszweck nicht mehr gedeckt werde. Die Folge wäre, daß nichtvertragliche Bindungen entweder überhaupt nicht dem Privileg des § 16 unterfallen könnten oder aber nur dann, wenn eine entsprechende Einverständniserklärung des gebundenen Abnehmers vorläge.

In der Tat wird der letztere Gedanke vom Bundeskartellamt [1] zur Stützung seiner Ansicht herangezogen, daß nur in Verträgen enthaltene Bindungen von § 16 gedeckt seien. Das Bundeskartellamt führt aus, es folge aus § 16 I in Verbindung mit § 34, daß der Gesetzgeber die Druckanwendung nur dann gestatte, wenn der Betroffene sich dem vorab allgemein freiwillig unterworfen habe. Ähnlich argumentiert der Bundesgerichtshof [2] zur Stützung seiner Ansicht, daß nur ausdrücklich als unverbindlich bezeichnete Preisempfehlungen, zu deren Durchsetzung kein Druck angewandt werde, analog § 16 zulässig seien. Bei der vertraglichen Preisbindung hätten die Wiederverkäufer die Freiheit der Entschliessung darüber, ob sie sich hinsichtlich der von ihnen zu fordernden Wiederverkaufspreise binden wollten oder nicht. Diese Freiheit bestehe aber nicht, wenn die freiwillige Verpflichtung durch Mittel ersetzt werde, die durch einen vom Hersteller angewandten Druck die freie Willensentschließung der Empfehlungsempfänger ausschalteten oder zum mindesten wesentlich beeinträchtigen.

---

1) WuW 61, 573 ff (577).
2) BGH NJW 63, 2.115 (2.118).

Diese Ansichten verdienten aber nur dann Zustimmung, wenn nach dem Gesetzeszweck auch tatsächlich die Zulassung der Bindung an die freiwillige Zustimmung des Gebundenen geknüpft wäre. Dieser Zweck könnte nur darin bestehen, die Abnehmer gegen einseitige Maßnahmen der Hersteller zu schützen [1]. Einen solchen Schutz kann das Zustimmungserfordernis aber - wie eine nähere Prüfung ergibt - nicht einmal bei der verpflichtenden Bindung erreichen. Diese kommt zwar nur zustande, wenn der zu Bindende eine entsprechende Erklärung abgibt, aber abgesehen von den Fällen, da die Einführung der Bindung auf das Verlangen der Händler zurückgeht, wird diese Erklärung auch nur deshalb abgegeben, weil der Hersteller seine Abnehmer vor die Wahl stellt, entweder sich zur Preiseinhaltung zu verpflichten oder auf die Belieferung mit der Markenware zu verzichten [2]. Auch hier wird der Abnehmer also unter Druck gesetzt, zwar nicht, die Preise einzuhalten, wohl aber, eine entsprechende Verpflichtung einzugehen. Von einer Freiheit der Entschließung - wie der Bundesgerichtshof [3] meint - kann also keine Rede sein. Die Drohung der Liefersperre bleibt außerdem in der Regel neben der Verpflichtung bestehen. Die einzige Möglichkeit, der Bindung auszuweichen, ist, auf die Belieferung mit der Ware zu verzichten. Bei den nichtvertraglichen Bindungen stellt sich die Sachlage nicht anders. Auch hier besteht obige Wahlmöglichkeit; will der

---

1) Ein solcher Schutz ist von vornherein nicht erforderlich, wenn die Bindung durch Vorteilsgewährung bewirkt wird.
2) Eine derartige Liefersperre widerspricht nicht § 25, denn der Hersteller fügt die Nachteile nicht zu, "um zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach diesem Gesetz nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf". Vgl. OLG Hamburg WuW 61, 420 f (421).
3) BGH NJW 63, 2.115 (2.118).

Abnehmer sich der Bindung entziehen, hat er wie bei der Bindung durch Verpflichtung die Möglichkeit, auf die Führung des Markenartikels zu verzichten. Es zeigt sich, daß das Zustimmungserfordernis bei den vertraglichen Bindungen in keiner Weise geeignet ist, den Abnehmer besser zu schützen, als wenn er in nichtvertraglicher Weise gebunden ist. Das bedeutet aber, daß es nach Sinn und Zweck des Gesetzes für die Zulassung einer Bindungsart nicht darauf ankommen kann, ob sie für ihre Wirksamkeit die Zustimmung des Gebundenen erfordert oder nicht.

Hier zeigt sich, daß die Bindungswirkung bei allen sich noch in dem Rahmen des Wortlautes von § 16 einfügenden Bindungsarten auf den gleichen Momenten beruht. In allen Fällen ist das entscheidende Bindungsmoment die Furcht des Abnehmers vor irgendwelchen wirtschaftlichen Nachteilen, die ihm aus der Nichteinhaltung der Festpreise entstehen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß bei wirtschaftlicher Betrachtung auch die Nichtgewährung eines versprochenen Vorteils als Nachteil für den Abnehmer angesehen werden muß.

6. Die Bedenken aus dem Erfordernis der Lückenlosigkeit

Häufig wird neben den schon in § 16 aufgeführten Voraussetzungen einer wirksamen Preisbindung auch noch das Erfordernis ihrer Lückenlosigkeit als weitere einschränkende Voraussetzung genannt [1]. Dies erfordert

---

1) Vgl. Fikentscher S. 37; OLG Frankfurt NJW 58, 1.637 ff (1.638, 1.641); Linhard - Stöhr BB 57, 1.023; Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 16 Anm.60 (a. A. 2. Aufl. § 16 Anm. 19 und 81); Benisch im Gem.Komm. 1. Aufl. § 26 Anm. 47 a. E. (nicht mehr in der 2.Aufl.); Lukes ZZP 1964, 78 ff (85 ff); König S. 16.

eine Untersuchung darüber, welche Bedeutung diesem nirgends im Gesetz genannten Erfordernis für die Preisbindung zukommt, insbesondere, ob sich daraus nicht evtl. Bedenken gegen die oben vorgeschlagene Auslegung des § 16 ergeben.

a) Die Bedeutung der Lückenlosigkeit nach bisheriger Rechtsprechung und Lehre

Man unterscheidet zwischen theoretischer und tatsächlicher Lückenlosigkeit. Erstere liegt vor, wenn das Preisbindungssystem in seinem gedanklichen Aufbau alle Abnehmer erfaßt, der Hersteller die Einhaltung der Festpreise überwacht und gegen alle Fälle ihm bekannt werdender Preisdurchbrechungen sofort vorgeht, letztere, wenn die festgelegten Wiederverkaufspreise auch tatsächlich von allen Händlern eingehalten werden. Dabei beeinträchtigen vereinzelte, unvermeidliche Fehlschläge noch nicht die Lückenlosigkeit [1].

Bis zum Inkrafttreten des GWB war das Erfordernis der Lückenlosigkeit lediglich für die zivilrechtliche Durchsetzbarkeit einer verpflichtenden Bindung von Interesse. Diese Bedeutung besteht auch heute uneingeschränkt fort. Ist eine verpflichtende Preisbindung wirksam vereinbart, so hat der Hersteller gegen seinen Abnehmer einen vertraglichen Unterlassungsanspruch, wenn dieser sich nicht an die Preisbindung hält (§ 241 Satz 2 BGB) [2]. Daneben besteht ein An-

---

1) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 281 und 282.

2) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 294; vgl. hierzu und zum folgenden auch BGH NJW 64, 1.955 ff m. Anm. v. Lukes a.a.O. und Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 16 Anm. 81 ff.

spruch gleichen Inhalts aus § 1 UWG, denn ein Abnehmer handelt sittenwidrig, wenn er die eigene Rechtspflicht mißachtet, dabei auf die Vertragstreue seiner Mitbewerber spekuliert, und sich so einen unverdienten geschäftlichen Vorsprung und mühelosen Gewinn verschafft [1]. Weiter hat der Hersteller Anspruch auf Schadensersatz und eine evtl. vereinbarte Vertragsstrafe [2]. Ist die Preisbindung jedoch lückenhaft, so wird die Einhaltung der Festpreise für die gebundenen Abnehmer unzumutbar, weil diese in ihrem Wettbewerberstreben gegenüber den nicht gebundenen Abnehmern willkürlich behindert werden. Aus dem gleichen Grund kann in dem Verstoß gegen die Preisbindung auch keine sittenwidrige Wettbewerbshandlung erblickt werden. Der Abnehmer kann sich daher mit Erfolg gegen die Ansprüche des Herstellers aus dem Preisbindungsvertrag und aus § 1 UWG auf die Lückenhaftigkeit berufen [3]. Überwiegend wird die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems als Geschäftsgrundlage jedes einzelnen Preisbindungsvertrages angesehen, mit der Folge, daß bei Fortfall der Lückenlosigkeit ein Rücktrittsrecht aus § 242 BGB, das auch einredeweise geltend gemacht werden kann, zur Entstehung gelangt [4]. Weitergehend wird auch vertreten [5], daß der Abnehmer bereits aus dem Inhalt des Preisbindungsvertrages einen Anspruch gegen den Hersteller auf lückenlose und gleichmäßige Bindung jedes Abnehmers habe. Die Lückenlosigkeit in Anlage und Durch-

---

1) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 307.
2) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 281 und 282.
3) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 299 und 280.
4) Vgl. Völp S. 104; v. Gamm NJW 58, 967.
5) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 299.

führung ist also ein materielles Erfordernis der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs gegenüber den gebundenen Abnehmern [1]. Die Lückenlosigkeit ist weiter für die Durchsetzbarkeit einer Preisbindung gegenüber nichtgebundenen Außenseitern von erheblicher Bedeutung. Ein lückenloses Preisbindungssystem erleichtert dem bindenden Hersteller im Prozeß gegen den Außenseiter die Beweisführung. Kann er die lückenlose Anlage und Durchführung seines Preisbindungssystems beweisen, so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Außenseiter die Markenware durch Ausnutzung fremden Vertragsbruchs erlangt hat [2]. In diesem Fall handelt der Außenseiter sittenwidrig, wenn er durch Unterbieten des Festpreises sich einen Vorsprung vor den vertragstreuen Mitbewerbern zu schaffen versucht [3]. Der Hersteller kann ihn daher aus den §§ 1, 13 UWG auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Darüber hinaus ist die Lückenlosigkeit auch hier eine materielle Voraussetzung des Anspruchs aus § 1 UWG. Ist das Preisbindungssystem in theoretischer oder tatsächlicher Hinsicht lückenhaft, so nützt der Außenseiter auch nicht das vertragstreue Verhalten der Mitbewerber zu seinem Vorteil aus [4]. Kann schon der vertraglich Gebundene nicht auf Einhaltung der Festpreise in Anspruch genommen werden, so ist erst recht das Unterbieten durch einen Außenseiter nicht sittenwidrig und verbietbar.

---

1) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 280; Frankf. Komm. Anhang 1 zu § 16 Anm. 2.

2) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 318; Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 16 Anm. 66, 2. Aufl. § 16 Anm. 90; RGZ 151, 239 ff (255).

3) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 311.

4) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 315; OLG Frankfurt NJW 58, 1.637 ff (1.638); Völp S. 103.

Der Hersteller, der seine Abnehmer im Wege der Verpflichtung zur Preiseinhaltung bindet, ist daher gehalten, sein Bindungssystem lückenlos anzulegen und durch ständige Kontrollen und entsprechendes Einschreiten gegen Preisdurchbrecher lückenlos durchzuführen, soll es nicht völlig zum Erliegen kommen, weil es gegen Außenseiter nicht wirkt und für die Gebundenen unzumutbar wird [1]. Die Lückenlosigkeit hat für die verpflichtende Bindung eine doppelte Bedeutung: einerseits ermöglicht der Nachweis einer lückenlosen Bindung ihre Durchsetzung auch gegen Außenseiter [2], andererseits können die gebundenen Abnehmer sich gegen eine Preisbindung zur Wehr setzen, wenn diese für sie in Folge ihrer Lückenhaftigkeit unzumutbar wird.

b) Die kartellrechtliche Zulässigkeit lückenhafter Preisbindung

Es fragt sich, ob das GWB nicht die Lückenlosigkeit der Bindung über ihre bisherige Bedeutung hinaus zu einer Zulässigkeitsvoraussetzung jeder Preisbindung, also zu einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des § 16 gemacht hat.

Wäre dies der Fall, so ergäben sich Bedenken gegen die Zulassung auch aller nichtverpflichtenden Bindungen,

---

1) Vgl. Fikentscher S. 43.

2) Dabei begnügt die h. L. sich damit, daß der Hersteller die theoretische Lückenlosigkeit, d. h. die lückenlose Anlage und lückenlose praktische Durchführung durch Kontrollen usw. nachweist, da dann der Beweis des ersten Anscheins für die tatsächliche Lückenlosigkeit spricht. So z.B. Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 318; RGZ 133, 330 ff (336); RGZ 151, 239 ff (243/244); OLG Düsseldorf JZ 57, 59 ff (59/60); OLG Düsseldorf WuW 60, 301 ff (302); BGHZ 40, 139 ff; a.A. neuerdings OLG Frankfurt NJW 63,114 ff (116); hinsichtlich der praktischen Durchführung anders auch BGH NJW 64,1.955 ff (vgl. Koenigs Jus 65, 386).

soweit sie sich noch in den Rahmen des gesetzlichen Wortlautes einpassen, denn es besteht keine Gewähr dafür, daß die nichtverpflichtenden Bindungsarten stets in gleicher Intensität auf die Abnehmer einwirken wie die Bindung durch Verpflichtung [1]. Diese Gefahr besteht besonders deutlich bei den Bindungen, die durch die Gewährung von Vorteilen an die Abnehmer veranlaßt werden. Eine solche möglicherweise geringere Intensität nicht verpflichtender Bindungen kann dazu führen, daß nicht alle Abnehmer die Preisbindung beachten und daß diese dadurch lückenhaft wird. Die Lückenanfälligkeit eines nichtverpflichtenden Preisbindungssystems wird noch dadurch verstärkt, daß für den Preisbinder regelmäßig keine Möglichkeit besteht, gegen preisdurchbrechende Außenseiter aus § 1 UWG vorzugehen, da diesen nicht die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs vorgeworfen werden kann [2].

Das Erfordernis der Lückenlosigkeit als ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 16 könnte sich zunächst aus § 26 II ergeben [3]. Dann müßte jedoch jede lückenhafte Preisbindung gegen § 26 II verstoßen. Dies wird nun zwar in aller Regel der Fall sein [4], aber es sind auch Ausnahmen denkbar, in denen eine Preisbindung zwar lückenhaft ist, aber nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstößt [5]. Duldet z. B.

---

1) Tetzner S. 70 sagt, Bindungen, die nicht der Erhaltung der Lückenlosigkeit dienten, seien durch § 16 nicht gedeckt.

2) Siehe unten S. 191 ff.

3) So Linhardt - Stöhr BB 57, 1.023; Rasch §§ 16/17 Anm. 9; Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 16 Anm. 60 (a. A. in der 2. Aufl. § 16 Anm. 19 und 81); wohl auch Lukes ZZP 64,85, der auf die §§ 25 ff verweist.

4) Siehe unten S. 118 ff.

5) So Völp S. 109; Kosiek S. 177; beide berücksichtigen allerdings offensichtlich nur den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 26 II.

ein Hersteller, der seine Abnehmer zur Preiseinhaltung verpflichtet hat, generell jede Durchbrechung, so wird kein Abnehmer von ihm im Sinne des § 26 II unbillig behindert oder unterschiedlich behandelt: die Preisbindung ist jedoch lückenhaft [1]. Wenn aber Preisbindungen lückenhaft sein können, ohne daß gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 II verstoßen wird, kann diese Vorschrift nicht herangezogen werden, um das Erfordernis der Lückenlosigkeit für die kartellrechtliche Zulässigkeit einer Bindung zu begründen. § 26 II ist lediglich ein selbständiger Tatbestand im GWB, aus dem keine in § 16 hineinzulesenden Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Bindung hergeleitet werden können [2].

Auch aus Wortlaut und Gesetzesgeschichte ergibt sich für eine derartige kartellrechtliche Bedeutung der Lückenlosigkeit nichts. Dieses Fehlen jeglicher Hinweise ist vor allem deshalb recht bedeutsam, weil damit eine wesentliche Neuerung gegenüber dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des GWB eingeführt worden wäre [3], und man daher hätte erwarten können, daß wenigstens die Materialien auf diese Änderung der bisherigen Rechtslage eingegangen wären.

Es könnte jedoch aus Sinn und Zweck des § 16 zu entnehmen sein, daß nur eine lückenlos angelegte und eingehaltene Preisbindung unter diese Ausnahmeregel fal-

---

1) Beispiel nach Kosiek S. 177.
2) Vgl. Langen § 16 Anm. IV vor 1.
3) Kosiek S. 176.

len und daher zulässig sein soll [1]. Die Zulassung der Preisbindung soll es den Herstellern ermöglichen, einen überall gleichen Preis zu schaffen. Der Grund für diese Regelung liegt darin, daß der Gesetzgeber zum Zwecke der Qualitätswahrung und -förderung bei Markenwaren vor allem das Interesse der Hersteller am Schutz des Werbewertes ihrer Marke höher bewertet als das Interesse der Abnehmer und Verbraucher am freien Wettbewerb. Dieser Schutzzweck wird naturgemäß am vollständigsten erreicht, wenn die gleichen Markenwaren überall nur zum gleichen festen Preis zu erhalten sind. Vereinzelte Durchbrechungen vermögen diesen Schutzzweck noch nicht zu gefährden; dies gilt selbst für ausgedehntere Durchbrechungen, sofern diese auf eine bestimmte Region beschränkt bleiben. Den Herstellern kommt es bei der Preisbindung nicht auf absolute Lückenlosigkeit an, sondern nur darauf, das Preisniveau möglichst stabil zu halten [2]. Erst wenn die Durchbrechungen sich häufen, kann die Preisbindung den Zweck, zu dem sie von § 16 zugelassen wird, nicht mehr erfüllen. Das muß aber zur Folge haben, daß Preisbindungssysteme, die in einem erheblichen Umfange durchbrochen werden, unzulässig werden. Einerseits führt also nicht jede Durchbrechung die Unzulässigkeit der Bindung herbei [3], andererseits

---

1) So Lukes ZZP 64, 85 ff.

2) Völp WuW 60, 767.

3) So aber Lukes ZZP 64, 85 ff für ursprüngliche Lückenhaftigkeit des Bindungssystems. Dabei ist nach Lukes ein Bindungssystem dann lückenlos, wenn unter den in Betracht kommenden Wettbewerbern im großen und ganzen die gleiche Wettbewerbslage besteht, wenn also im großen und ganzen - auf die Zahl der miteinander konkurrierenden Abnehmer gesehen - keine häufigeren Unterbietungen vorkommen.

ist die Lückenhaftigkeit aber auch nicht ohne jeden Einfluß auf die kartellrechtliche Zulässigkeit der Bindung [1]: Durchbrechungen in erheblichem Umfang machen die Bindung kartellrechtlich unzulässig, weil sie dann den Zwecken, um derentwillen sie allein zugelassen wird, nicht zu dienen vermag. Auch der Schutz der Abnehmer gegen lückenhafte Bindungen erfordert keine andere Auffassung. Wie noch näher zu zeigen sein wird [2], sind die Abnehmer durch die §§ 242 BGB, 1 UWG und 26 II ausreichend gegen Bindungen geschützt, die infolge ihrer Lückenhaftigkeit unzumutbar werden. Zur Wahrung der Allgemeininteressen aber genügt die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden gemäß § 17 I, die immer dann eingreift, wenn die Preisbindung in einer dem Sinn und Zweck ihrer Zulassung widersprechenden Weise durchgeführt wird [3]. Die obige Auffassung wird durch die ab 1. 1. 1966 geltende Neufassung des § 17 I bestätigt. Danach wird nämlich ein Mißbrauch der Preisbindung durch die Hersteller erst dann vermutet, wenn die gebundenen Preise in einer erheblichen Zahl von Fällen unterschritten werden.

---

1) So aber offensichtlich die gesamte Rechtsprechung zur lückenhaften Preisbindung, denn anders wäre es nicht zu verstehen, daß nie bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen geprüft wird, ob der Preisbinder für die tatsächliche Lückenlosigkeit ausreichend vorgetragen hat. Z. B. BGH WuW 58, 181 ff und NJW 64, 1.955 ff. Ausdrücklich hat sich das OLG Köln WuW 61, 287 ff dagegen ausgesprochen, die Lückenlosigkeit als Zulässigkeitsvoraussetzung der Preisbindung anzusehen. So auch Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 16 Anm. 19 und 81.

2) Siehe unten S. 118 ff.

3) Baumbach - Hefermehl § 17 GWB Anm. 4.

Aus alledem ergibt sich, daß aus dem Erfordernis der Lückenlosigkeit keine Bedenken gegen eine Zulassung aller sich noch in den Wortlaut des § 16 einpassenden Bindungen hergeleitet werden können. Mögen auch einzelne Bindungsarten lückenanfälliger als die verpflichtende Bindung sein, so kann aber doch dank eben der Bindungswirkung aller Bindungen nicht festgestellt werden, daß sie von vornherein nicht geeignet seien, ein von erheblichen Durchbrechungen freies Preisniveau zu schaffen.

c) Die Stellung der Abnehmer bei lückenhafter Preisbindung

Es ergeben sich weder in den Materialien noch im Gesetz selbst irgendwelche Anhaltspunkte dafür, daß das GWB mit der Erweiterung der den Herstellern zur Verfügung stehenden Bindungsmöglichkeiten die Position der gebundenen Abnehmer hinsichtlich des Schutzes gegen lückenhafte Bindungen hätte verschlechtern wollen. Es würden sich daher ernsthafte Bedenken gegen eine Zulassung solcher Bindungsarten ergeben, bei denen der Schutz der Händler nicht im gleichen Umfange, wie oben dargestellt, gewährleistet wäre. Vorweg kann festgestellt werden, daß sich diese Bedenken nicht für solche Bindungen ergeben können, die durch das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen zustandekommen. In diesen Fällen sind die gebundenen Abnehmer gegenüber einem lückenhaften Bindungssystem nicht schutzbedürftig, denn man kann es nicht als unzumutbar ansehen, wenn die gebundenen Abnehmer die ihnen für die Preiseinhaltung versprochenen Vorteile (z. B.

Treurabatte) nicht erhalten, weil sie den Festpreis nicht beachten, mag auch der Grund für die Nichtbeachtung in der Lückenhaftigkeit der Bindung liegen. Ebensowenig stellt sich dieses Problem bei der Preisbindung durch Veröffentlichung der Wiederverkaufspreise in Presse, Rundfunk usw., denn hier entfällt infolge der Unzumutbarkeit der Bindung auch die Bindungswirkung. Bei dieser Bindungsart ist daher gar keine lückenhafte Bindung denkbar. Anders ist es jedoch bei den Bindungen, die durch das Androhen oder die Zufügung von Nachteilen geschaffen werden [1]. Hier wird die Bindungssituation, wenn die Bindung in theoretischer oder tatsächlicher Hinsicht lückenhaft ist, für den gebundenen Abnehmer nicht minder unzumutbar, wie wenn er sich zur Einhaltung der Festpreise vertraglich verpflichtet hätte, denn er wird im Gebrauch seiner wichtigsten Waffe im Wettbewerbskampf willkürlich behindert, wenn Preisunterbietungen nicht allgemein vom Hersteller durch die Zufügung von Nachteilen geahndet werden. Unzumutbar ist die Bindungssituation beispielsweise dann, wenn nicht alle Abnehmer in gleicher Weise durch das Androhen oder Zufügen von Nachteilen gebunden werden oder wenn andere nichtgebundene Händler anders (z. B. durch Reimporte im Inland preisgebundener Markenartikel oder durch Bezug von Preisdurchbrechern) die Möglichkeit erhalten, diese Waren unter Außerachtlassung der Festpreise zu vertreiben oder wenn der Hersteller gar selbst als Einzelhändler seine Waren unter Mißachtung der Festpreise vertreibt.

---

1) Hierhin gehört in diesem Zusammenhang auch der Fall, daß der Hersteller die Preise durch Aufdruck auf der Ware o. ä. bindet.

Es fragt sich, ob in den Fällen, in denen eine Preisbindung durch Androhen oder Zufügen von Nachteilen für die gebundenen Abnehmer in Folge ihrer Lückenhaftigkeit unzumutbar wird, die Abnehmer im gleichen Umfange geschützt sind, wie bei der verpflichtenden Preisbindung. Hinsichtlich vertraglicher Bindungen ergeben sich hier keine Schwierigkeiten. Hier können die von Rechtsprechung und Lehre zur verpflichtenden Bindung entwickelten Grundsätze in vollem Umfange übernommen werden. Die Lückenlosigkeit der Preisbindung ist auch bei diesen Bindungen Geschäftsgrundlage, denn, kein Abnehmer würde sich durch ungünstige Vertragsbedingungen in seiner Wettbewerbsfreiheit einschränken lassen, wenn er nicht davon ausginge, daß auch die Konkurrenz in gleicher Weise beengt sein würde. Eine lückenhafte Bindung löst daher die von Rechtsprechung und Lehre aufgestellten Folgen des Fortfalls oder der Nichtherbeiführung der Geschäftsgrundlage aus. Folge ist auf Grund des Treuegedankens nicht die völlige Unwirksamkeit des Geschäfts, sondern nur eine Beschränkung der Rechtsausübung oder eine Anpassung an die veränderte Rechtslage [1]. Eine Befreiung kann nur dann eintreten, wenn dies nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) notwendig ist, weil die Leistung den Gebundenen nicht mehr zugemutet werden kann [2]. Das bedeutet, daß z. B. ein für den Fall der Preisdurchbrechung vereinbartes Strafversprechen des Abnehmers oder Rücktrittsrecht des Herstellers in Wegfall gerät, wenn die Beachtung der Festpreise für den Abnehmer unzumutbar wird. Problematisch er-

---

1) Palandt- Danckelmann § 242 Anm. 6 c; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 170 ff.

2) BGH NJW 51, 836 (837), NJW 52, 778.

scheint jedoch, wie die gebundenen Abnehmer gegen die Folgen einer lückenhaften Bindung geschützt werden sollen, wenn keine vertragliche Bindung vorliegt. Die Anwendung des § 242 BGB setzt grundsätzlich den Bestand eines Schuldverhältnisses voraus. Nur unter besonderen Umständen hat der Grundsatz von Treu und Glauben die Folge, ein Schuldverhältnis ex lege, ohne rechtsgeschäftlichen Parteibegründungswillen, entstehen zu lassen [1]. Ob ein solches einen Anspruch des gebundenen Abnehmers gegen den Hersteller auf Unterlassung der Nachteilsandrohung oder -zufügung begründendes Schuldverhältnis sich im Falle einer nichtvertraglichen Bindung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleiten läßt, erscheint zumindest fraglich, kann aber in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, denn zum Schutze der Abnehmer genügt völlig das vom GWB in diesem Umfange [2] neugeschaffene Diskriminierungsverbot des § 26 II in Verbindung mit den §§ 35 und 823 II BGB [3]. Dieses Verbot enthält zwei Fälle: Unternehmen, die die Preise binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern (1. Fall) oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln (2. Fall). Bindet ein Unternehmer nicht alle seine

---

1) Z. B. die Haftung aus culpa in contrahendo; vgl. Palandt - Danckelmann § 242 Anm. 5.

2) Vgl. § 9 KVO und die Rechtsprechung zu den §§ 1 UWG, 826 BGB.

3) Es kann kein Zweifel bestehen, daß § 26 II für alle Preisbindungen, also auch für nichtverpflichtende Bindungen gilt. Auch Kartte WuW 62, 289 wendet, ausgehend von der Auffassung, daß es nur vertragliche Preisbindungen gibt, § 26 II analog auf faktisch bindende Preisempfehlungen an. So auch Kracht BB 58, 466.

Abnehmer in gleicher Weise oder geht er aus der Bindung gegen seine Abnehmer nicht gleichmäßig vor, so behandelt er seine Abnehmer ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedlich [1]. Soweit aber der Gleichbehandlungsgrundsatz (2. Fall des § 26 II) nicht zum Schutze der Händler gegen eine unzumutbare lückenhafte Bindung einzugreifen vermag, wie etwa in den Fällen, da preisgebundene Waren reimportiert werden oder da der Hersteller seinen Händlern selbst im Einzelhandel Konkurrenz macht, tritt stets das Verbot einer unbilligen Behinderung in Funktion (1. Fall des § 26 II). Eine solche Behinderung liegt vor, wenn ein Abnehmer durch Maßnahmen des Herstellers seine Leistung auf dem Markt nicht oder nicht mehr rein zur Geltung bringen kann [2]. Unbillig ist eine Behinderung, wenn unter Abwägung der Interessen zwischen Hersteller und Abnehmer diesem unzumutbare Nachteile zugefügt werden [3]. Übernimmt man die zur Preisbindung durch Verpflichtung anhand des Grundsatzes von Treu und Glauben entwickelte Rechtsprechung, so liegt in jeder Preisbindung, die infolge ihrer Lückenhaftigkeit für den Abnehmer unzumutbar ist, eine unbillige Behinderung des letzteren. Die Folgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 II sind ein Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch des Abnehmers, der durch die Bindung unbillig behindert wird. Gegebenenfalls kann sich daraus für den Hersteller ein Zwang zum Abschluß von Verträgen mit bestimmten oder wenigstens rahmenmäßig bestimmbarem Inhalt ergeben [4].

---

1) Vgl. Baumbach - Hefermehl § 17 GWB Anm. 5; Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 26 Anm. 48 f.
2) Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 26 Anm. 45; Baumbach - Hefermehl § 26 GWB Anm. 39.
3) Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 26 Anm. 47.
4) Fikentscher WuW 58, 265.

Außerdem wird in aller Regel ein Verstoß gegen § 26 II auch einen Mißbrauch der Bindung nach § 17 darstellen und dessen Folgen (Verbot durch die Kartellbehörde) auslösen [1]. Neuerdings [2] gibt auch § 17 I S. 2 der Kartellbehörde ausdrücklich ein Eingriffsrecht, wenn eine Preisbindung in erheblicherem Maße durchbrochen wird.

Bei den nicht zur Preiseinhaltung verpflichtenden Bindungen obliegen daher im Ergebnis dem Hersteller hinsichtlich der Lückenlosigkeit die gleichen Pflichten wie bei der verpflichtenden Bindung [3].

Es zeigt sich also, daß der Abnehmer, soweit er gegenüber anderen als verpflichtenden Preisbindungen schutzwürdig ist, im nicht geringeren Umfange als bei den letzteren durch § 242 BGB (bei vertraglichen Bindungen) und die §§ 26 II, 17 (bei nichtvertraglichen Bindungen) geschützt wird. Aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der gebundenen Abnehmer ergeben sich daher keine Bedenken gegen eine Zulassung nichtverpflichtender Bindungen, soweit diese noch vom Wortlaut des § 16 gedeckt sind.

d) Das Versagen des Erfordernisses der Lückenlosigkeit als Regulativ bei der Trennung schutzwürdiger und nichtschutzwürdiger Preisbindungen

Nach Fikentscher [4] wirkt das aus zivilrechtlichen,

---

1) Baumbach - Hefermehl § 17 GWB Anm. 5 und 8; Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 17 Anm. 22.

2) Seit dem 1. 1. 1966.

3) A. A. ohne Begründung BGH NJW 63, 2.115 (2.119).

4) S. 41 ff.

praktischen und aus gewissen verfahrensmäßigen Gründen [1] bestehende Erfordernis der Lückenlosigkeit der verpflichtenden Bindung [2] als ein Regulativ bei der Trennung schutzwürdiger und nichtschutzwürdiger Preisbindungen. Diese Auffassung verhilft der Lückenlosigkeit, obwohl sie nicht zum Tatbestand des § 16 gehört, zu einer über die §§ 242 BGB, 1 UWG, 17, 26 II hinausgehenden kartellrechtlichen Bedeutung.

Im einzelnen ist der Gedankengang Fikentschers folgender: Das Privileg der Bindungsmöglichkeit von Preisen darf nur demjenigen zugute kommen, dessen Markenartikel Verkehrsgeltung besitzt. Unter Verkehrsgeltung versteht Fikentscher, daß der Markenartikel in Händler- und Verbraucherkreisen, namentlich im Hinblick auf seine Qualität, ein "Begriff" geworden ist; es genügt aber auch, daß Qualität und Markierung des Markenartikels geeignet sind, den Markenartikel zum Begriff werden zu lassen. Will nun ein Hersteller für seine Markenware eine Preisbindung einführen, so ist er aus den oben [3] dargestellten Erwägungen gehalten, diese lückenlos einzuführen, d. h. er ist gehalten, nur an solche Händler zu liefern, die sich zuvor verpflichtet haben, die Preisbindung einzuhalten. Da es aber dem Willen der Abnehmer überlassen bleibt, ob sie sich in ihrer Preisgestaltung binden oder ob sie auf den Bezug der Ware verzichten wollen, wird die Entscheidung der Händler zu einem Test über die Verkehrsgeltung der Ware. Nur wenn die überwiegende

---

1) Vgl. oben S. 110 ff.

2) Fikentscher geht bei seinen Untersuchungen erkennbar von der verpflichtenden Preisbindung aus.

3) S. 125 ff.

Zahl der Händler glaubt, auf die Führung des Markenartikels nicht verzichten zu können, hat dieser Verkehrsgeltung. Ist aber die Mehrzahl der Händler nicht bereit, für die Führung des Markenartikels auf ihre Gestaltungsfreiheit zu verzichten, so steht das Absatzsystem des Herstellers von vornherein auf schwachen Füßen, weil er mit einer großen Zahl von Substitutionskonkurrenten seiner preisgebundenen Händler rechnen muß. Unter Umständen muß der Hersteller überhaupt auf die Einführung der Preisbindung verzichten, weil sein Absatz durch die Nichtbelieferung eines großen Teils der Händler gefährdet würde. In diesem Fall erfährt der Händler, daß sich sein Markenartikel noch keine für eine ungefährdete Preisbindung ausreichende Bekanntschaft verschafft hat oder daß der Markenartikel nicht überzeugungskräftig genug ist. Die Durchsetzbarkeit einer lückenlosen Preisbindung ist also ein deutliches Kennzeichen dafür, daß sich ein Markenartikel Geltungskraft als identifizierbar und qualitätsverbürgend verschaffen konnte oder verschaffen kann. An der Erreichbarkeit der Lückenlosigkeit scheiden sich die schutzwürdigen von den nicht schutzwürdigen Bindungen.

Gehen wir von diesen Gedanken Fikentschers aus, so können unter § 16 nur solche Bindungen fallen, bei denen die Lückenlosigkeit aus zivilrechtlichen, praktischen oder aus den dargestellten verfahrensmäßigen Gründen erforderlich ist und bei denen der Abnehmer vor die Wahl gestellt wird, entweder auf die Führung des Markenartikels zu verzichten oder sich binden zu lassen bzw. den Festpreis einzuhalten. Zumindest der letzte Punkt ist aber z. B. bei der Preisbindung durch Versprechen oder Gewähren von Vorteilen nicht gegeben.

Wäre daher das Erfordernis der Lückenlosigkeit tatsächlich als ein solches Regulativ geeignet und nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch als solches notwendig, so könnte diese Bindungsart nicht unter die Ausnahme des § 16 fallen, da sie sich einer Regulierung durch das Erfordernis der Lückenlosigkeit entzieht.

Gegen die Auffassung, daß die Durchsetzbarkeit einer lückenlosen Bindung ein Kriterium für die Verkehrsgeltung der zu bindenden Markenwaren ist, ergeben sich aber nicht unerhebliche Bedenken. Es erscheint schon bei dem typischen Fall der Preisbindung, der Bindung durch Verpflichtung, fraglich, ob die Übernahme der Verpflichtung zur Preiseinhaltung auch nur in der Regel auf einer Anerkennung der Verkehrsgeltung der betreffenden Marke beruht.

Es kommt gelegentlich vor, daß die Händler nicht minder wie die Hersteller an der Preisbindung interessiert sind, denn die Preisbindung bringt auch dem Händler Vorteile [1]. So garantieren z. B. feste Handelsspannen einen sicheren Verdienst. In diesen Fällen kann aber das Regulativ einer lückenlosen Durchsetzbarkeit der Preisbindung nicht funktionieren, weil es an einem Interessengegensatz zwischen Hersteller und Abnehmer fehlt.

Vor allem aber kann die lückenlose Durchsetzbarkeit einer Preisbindung deshalb nicht regulierend wirken, weil die Abnehmer sich in aller Regel der Preisbin-

---

1) Das kann dazu führen, daß die Händler vom Hersteller die Einführung der Preisbindung verlangen. Die Auffassung, daß dies überwiegend der Fall sei (Mellerowicz S. 96), ist aber zu weitgehend. Regelmäßig geht die Preisbindung auf den Hersteller zurück.

dung nicht einfach dadurch entziehen können, daß sie auf den Bezug des preisgebundenen Artikels verzichten. Die überwiegende Zahl preisgebundener Artikel stammt nämlich von Herstellern, die mehrere Artikel im Preise binden. In diesen Fällen wird aber der Abnehmer von der Belieferung mit sämtlichen Artikeln ausgeschlossen, wenn er auch nur die Preisbindung für einen Artikel nicht einhält. Nun hängt aber die Verkehrsgeltung einer Ware keineswegs ausschließlich vom Ruf ihres Herstellers ab, sondern vor allem von ihrer Wertschätzung beim Publikum. Das bedeutet, daß der eine Artikel desselben Herstellers Verkehrsgeltung haben kann, der andere aber nicht oder noch nicht. Von einem Test über die Verkehrsgeltung eines bestimmten Artikels kann daher in diesen Fällen bei der Entscheidung der Händler über die Beachtung der Preisbindung keine Rede sein.

Dies zeigt, daß die Durchsetzbarkeit einer lückenlosen Bindung nicht geeignet ist, als Regulativ zwischen schutzwürdigen und nicht schutzwürdigen Bindungen zu wirken. Es kommt hinzu, daß das GWB die Zulassung der Preisbindung gerade nicht vom Vorhandensein einer Verkehrsgeltung abhängig gemacht hat, um nicht das Aufkommen junger Marken zu hindern. Dies geht eindeutig aus den Gesetzesmaterialien hervor [1]. Daher ergeben sich insoweit keine Bedenken, auch solche Bindungsarten zuzulassen, die dem Abnehmer nicht nur die Wahl lassen, sich entweder in die Bindung zu begeben bzw. den vorgeschriebenen Preis einzuhalten

---

1) Vgl. die Angaben bei Völp WuW 60, 766.

oder auf die Belieferung zu verzichten. Ebenso kann es für die Entscheidung der Frage, welche Bindungsarten unter die Ausnahme des § 16 fallen, nicht darauf ankommen, ob diese aus zivilrechtlichen, praktischen oder verfahrensmäßigen Gründen eine lückenlose Durchsetzung zu erfordern. Auch insoweit kann daher die oben vorgeschlagene Auslegung des § 16 beibehalten werden.

7. Die Bedeutung der formellen Erfordernisse für die Preisbindungen

a) Das Erfordernis schriftlicher Abfassung der Preisbindung

Nach § 34 sind Verträge, die Beschränkungen der in § 16 bezeichneten Art enthalten, schriftlich abzufassen. Ermangelt ein solcher Vertrag der vorgeschriebenen Form, so ist er nach § 125 BGB nichtig [1]. Daneben ist die Einhaltung der Form des § 34 ebenso wie die Anmeldung nach § 16 IV Zulässigkeitsvoraussetzung der Bindung. Nur wenn der die Bindung enthaltende Vertrag schriftlich abgefaßt ist, wird die Preisbindung durch § 16 privilegiert [2].

Daß die Beachtung der Formvorschrift des § 34 zu den Zulassungsvoraussetzungen der Bindung gehört, ergibt sich aus ihrem Zweck. Der Gesetzgeber hat die Preisbin-

---

1) Baumbach - Hefermehl § 34 GWB Anm. 9; Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 34 Anm. 11.

2) Wahl JZ 58, 148 f, allerdings für die ähnlich liegende Problematik bei Kartellverträgen; OLG Frankfurt NJW 62, 870 ff (871); Lukes Jus 62, 167.

dung in Anerkennung des an ihr bestehenden Interesses insbesondere der Hersteller zwar zugelassen, sie aber gleichzeitig wegen ihrer Gefährlichkeit für die Allgemeininteressen unter eine kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht (§ 17) gestellt. Danach kann die Kartellbehörde in gewissen Fällen, die einen Mißbrauch darstellen, die Preisbindung für unwirksam erklären. Dieser Kontrollaufgabe kann die Kartellbehörde nur nachkommen, wenn ihr eine Einsichtnahme in die Preisbindung ermöglicht wird. Eine wirksame Mißbrauchsaufsicht setzt voraus, daß die Preisbindung weitgehend offengelegt wird. Um diese Offenlegung zu erreichen, macht das Gesetz die Zulassung der Bindung von ihrer Anmeldung unter Beifügung bestimmter Unterlagen abhängig und ordnet die schriftliche Abfassung des die Bindung enthaltenden Vertrages an. Die schriftliche Abfassung soll den Kartellbehörden und Gerichten die Prüfung der Frage erleichtern, ob überhaupt eine Preisbindung enthaltende Verträge abgeschlossen worden sind und welchen Inhalt diese haben [1]. Darüber hinaus soll es auch für die Parteien klar und erweisbar werden, welchen Inhalt die Preisbindungsverträge haben [2]. Diese Funktion des Gebotes schriftlicher Abfassung macht es notwendig, seine Einhaltung ebenso als Zulassungsvoraussetzung der Bindung anzusehen wie die von entsprechenden Unterlagen begleitete Anmeldung nach § 16 IV. Nach der Be-

---

1) Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 34 Anm. 2; Baumbach - Hefermehl § 34 GWB Anm. 1; Begr. zu § 27 REgE (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.101); für Kartellverträge schon RGZ 128, 1 ff (7).

2) OLG Frankfurt NJW 62, 870 ff (871).

gründung zu § 27 RegE (= § 34) [1] sollen die Beteiligten außerdem noch auf die rechtliche Tragweite ihres Entschlusses hingewiesen werden [2]. Kaufleute werden durch Schriftform jedoch weder in ihrem Abschlußwillen gehemmt [3], noch ist - wie das Beispiel des § 350 HGB zeigt - ein solcher Schutz gegen Übereilung für Kaufleute erforderlich. Ebensowenig hat § 34 den Zweck, durch das Formerfordernis das Zustandekommen von Preisbindungen zu erschweren [4].

Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 34 auf alle die Bindungen, die in einem Vertrage enthalten sind. Zu diesen Bindungen gehören stets die vertraglichen (rechtsgeschäftlichen) Bindungen, nicht vertragliche (nichtrechtsgeschäftliche) hingegen nur, wenn sie Bestandteil eines Vertrages sind, z. B. in dem Fall, daß der Hersteller im Liefervertrage droht, in Zukunft die Abnehmer nicht mehr zu beliefern, die seine Festpreise nicht einhalten. Aus dem logisch-systematischen Zusammenhang des Gesetzes, nach dem - wie gezeigt [5] - nur vertragliche Bindungen unter die Privilegierung des § 16 fallen, ergibt sich weitergehend sogar die Beschränkung des § 34 auf allein diese Preisbindungen.

Aus der beschränkten Geltung des § 34 kann nun allerdings nicht geschlossen werden, daß jede nichtvertrag-

---

1) Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.101.

2) So auch Dörinkel DB 60, 255; abschwächend Ber. des WPolA zu § 27 RegE (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.196) und Baumbach - Hefermehl § 34 GWB Anm. 1.

3) Vgl. Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 34 Anm. 2.

4) So aber Müller - Gries § 16 Anm. 26; wie hier Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 34 Anm. 2 und Franzen-Boekle WuW 58, 202.

5) Siehe oben S. 58 ff.

liche Bindung auch ohne schriftliche Abfassung zulässig wäre [1], denn die Offenlegung ist von ihrem Zweck her Voraussetzung der Zulassung jeder Bindung. Umgekehrt kann aber aus der Notwendigkeit einer Offenlegung einerseits und der Beschränkung des § 34 auf in Verträgen enthaltene Bindungen andererseits auch nicht entnommen werden, daß nur vertragliche Bindungen oder außer diesen nur solche nichtvertragliche, die in Verträgen enthalten sind [2], durch § 16 privilegiert werden. Da - wie oben [3] dargestellt - die Untersuchung der Frage, welche Bindungen der Ausnahmeregel des § 16 unterfallen, aus Wortlaut, Gesetzessystematik und -geschichte zu keinem sicheren, widerspruchsfreien Ergebnis führt, kann die Auslegung des § 16 nur auf teleologischem Wege erfolgen. Das im Verlaufe einer solchen Auslegung bisher gewonnene Ergebnis, daß auch nichtvertragliche Preisbindungen unabhängig davon, ob sie in einem Vertrage enthalten sind oder nicht, von § 16 privilegiert werden, sofern sie nur in den Rahmen seines Wortlautes passen, kann nicht an einer engen Fassung des § 34 scheitern, wie sie sich aus Wortlaut und Gesetzeszusammenhang ergibt. Eine Korrektur der bisher gefundenen Auslegung des § 16 würde § 34 nur dann erfordern, wenn nichtvertragliche Bindungen, die auch nicht zufällig in einem Vertrage enthalten sind, nicht in entsprechender Anwendung des § 34 offengelegt werden könnten, denn für

---

1) So aber Gleiss BB 58, 610; Paul DB 58, 1.150.

2) So im Ergebnis - wenn auch mit abweichender Begründung - Lukes Jus 62, 167.

3) S. 75 ff.

nicht offenlegbare Bindungen kann § 16 seinem Sinn und Zweck nach nicht zutreffen. Infolgedessen ist zu prüfen, ob und wie nichtvertragliche Bindungen entsprechend § 34 offengelegt werden können.

Diese Untersuchung setzt die Kenntnis der in § 34 vorgeschriebenen Form voraus. § 34 verlangt schriftliche Abfassung der eine Preisbindung enthaltenden Verträge, d. h. die vertragliche Preisbindung und ein sie evtl. enthaltender Vertrag (z. B. Liefervertrag) müssen schriftlich fixiert werden. Nach der im BGB (§ 126) für Verträge geltenden Schriftform muß der ganze formbedürftige Vertragsinhalt in e i n e r Urkunde niedergelegt und von beiden Parteien unterzeichnet werden. Es ist daneben aber auch möglich, mehrere gleichlautende Urkunden aufzusetzen, von denen jede hinwieder den g a n z e n Vertragsinhalt enthalten muß; dann genügt es, wenn jeder Vertragspartner die für den anderen bestimmte Urkunde unterzeichnet. Diese Schriftform wird von § 34 dahingehend erleichtert, daß es ausreicht, wenn die Beteiligten Urkunden unterzeichnen, die auf einen schriftlichen Beschluß, auf eine schriftliche Satzung oder auf eine Preisliste Bezug nehmen. § 126 II BGB, der die schriftliche Niederlegung des gesamten Vertragsinhalts in einer oder in mehreren gleichlautenden Urkunden fordert, wird in § 34 für unanwendbar erklärt. § 126 I BGB hingegen, der eine eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers der Urkunde verlangt, wird ausdrücklich in seiner Geltung bestätigt. An sich müßten also gemäß § 126 I BGB der

Binder und der Gebundene den Preisbindungsvertrag unterschreiben [1]. Es ist jedoch für die verpflichtende Preisbindung - die einzige Bindungsart, bei der die folgende Frage bisher, soweit ersichtlich, untersucht wurde - sehr umstritten, ob aus dem Ausschluß des § 126 II BGB in § 34 gefolgert werden kann, daß die Unterzeichnung des Preisbinders überhaupt nicht notwendig ist [2] oder daß es genügt, wenn statt der Tausende von Reversen oder Verträgen, die eine Bindung enthalten, nur jeweils ein Musterexemplar vom Hersteller unterschrieben wird [3]. Gegen die erstere Auslegung spricht der Vertragscharakter der verpflichtenden Bindung, die erst durch die einander entsprechenden Erklärungen von Binder und Gebundenem zustande kommt [4]. Gegen letzteres spricht, daß bei einem Vertrage Angebot und Annahme unterzeichnet werden müssen, die Unterzeichnung eines Musters jedoch mangels eines Adressaten weder ein Angebot des Bindenden an einen zu bindenden Abnehmer noch eine bindende Offerte an das Publikum ist, denn dem Hersteller ist es nicht gleichgültig, wer gebunden wird [5]. Auf der

---

1) So auch Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 53; Kartte DB 60, 1.059; Kirschstein WRP 58, 130; Kirschstein läßt aber die Unterzeichnung eines Musterreverses durch den Hersteller genügen, wenn die zu bindenden Händler in dem Revers namentlich genannt sind.

2) So OLG Düsseldorf WuW 60, 301 ff (302); Droste DB 58, 99; Markenverband MA 57, 446; Völp S. 68.

3) So Benisch im Gem. Komm. 2. Aufl. § 34 Anm. 9; Fikentscher - Großfeld ZHR 62, 4 ff; OLG Frankfurt NJW 63, 113 f (114); Franzen - Boekle WuW 58, 204; Wahl JZ 58, 151.

4) Baumbach - Hefermehl GWB § 16 Anm. 53; Franzen-Boekle WuW 58, 202; Gleiss - Steiner BB 58, 282; Kirschstein WRP 58, 129; Rasch §§ 16/17 Anm. 8; Wahl JZ 58,151.

5) Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 53; Kirschstein WRP 58, 130; ausdrücklich a. A. OLG Frankfurt NJW 63, 113 f (114).

anderen Seite darf natürlich nicht übersehen werden, daß das Erfordernis der Unterzeichnung jedes einzelnen Reverses für den bindenden Hersteller eine erhebliche Mehrbelastung bedeutet. Eine Entscheidung dieser Streitfrage kann nur aus Sinn und Zweck des Ausschlusses von § 126 IIBGB in § 34 erfolgen. Die Nichtanwendung des § 126 II BGB soll die Abfassung von Preisbindungsverträgen erleichtern [1]. Dieser Erleichterungstendenz geht jedoch das Offenlegungsprinzip im Range vor. Daraus ergibt sich, daß Erleichterungen in der Form des § 34 gegenüber der vom BGB für Verträge vorgeschriebenen Form in soweit zulässig und auch erforderlich sind, als nicht die Offenlegung darunter leidet. Durch das Erfordernis der Offenlegung soll den Kartellbehörden die Kontrolle über Inhalt und Abschluß der Preisbindungsverträge ermöglicht werden. Dies erfordert, daß die Kartellbehörde die Parteien der Preisbindungsvereinbarung kennt, daß für sie aus dem Revers hervorgeht, daß überhaupt und von wem auf eine Preisbindung abzielende Willenserklärungen abgegeben worden sind. Grundsätzlich ist das Mittel, die Beteiligten eines Vertrages sicher offenzulegen, die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Parteien, § 126 I BGB. Für die Preisbindung durch Verpflichtung kann jedoch eine Ausnahme gemacht werden. Bei dieser geht der Bindende im Vertrag keinerlei besondere Pflichten ein, er erhält nur Rechte gegen den Abnehmer. Daher kann aus der Tatsache, daß der Hersteller eine verpflichtende Preisbindung beim Bundeskartellamt unter Beifügung eines Musters angemeldet

---

1) Fikentscher - Großfeld ZHR 62, 18.

hat und daß der Abnehmer einen ihn einseitig verpflichtenden Revers unterschrieben hat, mit hinreichender Sicherheit entnommen werden , daß der Hersteller die entsprechende Willenserklärung abgegeben hat. Weder wird der Hersteller eine Preisbindung anmelden, wenn er nicht die Absicht hat, sie auch einzuführen, oder wenn er sie nicht bereits eingeführt hat, noch wird der Abnehmer den Revers unterschreiben, ohne dazu vom Hersteller aufgefordert worden zu sein oder ohne daß dieser wenigstens einverstanden ist. Zudem kann eine Preisbindung durch Reverse nur dadurch zustandekommen, daß die Verpflichtungsscheine vom Hersteller versandt und nach erfolgter Unterzeichnung durch die Abnehmer auch wieder eingesammelt werden. In dieser Tätigkeit liegt aber in aller Regel bereits die entsprechende Willenserklärung des Herstellers. Bei der nur einseitig Pflichten des Gebundenen auslösenden Preisbindung kann daher auf die Unterschrift des Bindenden verzichtet werden, da die Offenkundigkeit bereits in anderer Weise im ausreichenden Maße gewährleistet ist; es wäre eine sinnlose Formalität, auch den preisbindenden Unternehmer eigenhändig unterschreiben zu lassen. Zumindest jedenfalls muß es genügen, wenn der Hersteller nur einmal unterzeichnet [1]. Zu verlangen ist allerdings, daß der Bindende irgendwie (z. B. im Briefkopf) aus der Urkunde ersichtlich wird, da anderenfalls jeder Hinweis auf die Person des Bindenden fehlen würde. Auch für die Parteien der Preisbindungsvereinbarung wird so der Inhalt der Erklärungen hin-

1) So Völp S. 68/69.

reichend klargestellt, da sie schriftlich fixiert sind und Zweifel an der Ernstlichkeit des Angebotes für den Gebundenen regelmäßig nicht auftauchen können. Anders sind jedoch die Fälle zu beurteilen, bei denen die Bindung in einem Vertrage enthalten ist, der auch den Bindenden oder sogar nur diesen allein verpflichtet, etwa wenn die Preisbindungsverpflichtung Bestandteil eines anderen Vertrages (z. B. des Liefervertrages) ist oder wenn die Bindung durch einen Rücktrittsvorbehalt oder eine Bedingung in einem solchen Vertrage herbeigeführt wird. In diesen Fällen ist der gesamte Vertrag nach § 34 formbedürftig, während bei einer Trennung von Preisbindungsabrede (Rahmenvertrag!) und Lieferungsvertrag nur erstere formbedürftig ist [1]. Dann kann aber aus der Anmeldung der Bindung, dem evtl. Verschicken und Einsammeln der die Vertragsbedingungen enthaltenden Formulare und aus der Unterschrift des Abnehmers noch nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß der Hersteller in jedem Einzelfalle die ihn verpflichtenden Erklärungen tatsächlich und ernstlich abgegeben hat. Bei diesen Bindungen muß daher, um dem Offenlegungsprinzip zu genügen, auch die Unterschrift des bindenden Herstellers auf jedem Vertragsformular verlangt werden.

Obige Grundsätze sind auf die nichtvertragliche Preisbindung zu übertragen. Dies bedeutet zunächst, daß auch die nichtvertragliche Bindung schriftlich fixiert werden muß. Nicht erforderlich sind jedoch die Unterschriften des Gebundenen und des Bindenden. Für erste-

---

1) Schwartz WuW 61, 851.

ren ergibt sich das völlig eindeutig daraus, daß die nichtvertragliche Bindung ihrem Wesen nach eine einseitige ist. Für ihr Zustandekommen bedarf es keiner Willenserklärung des Gebundenen; eine solche kann daher auch nicht offengelegt werden [1]. Da auch der Bindende keine ihn verpflichtende Erklärung abgibt, wird er der Kartellbehörde mit hinreichender Sicherheit offengelegt, wenn er die Bindung anmeldet und aus ihrer schriftlichen Fixierung ersichtlich wird. Die Kartellbehörde muß allerdings auch den Gebundenen erkennen können. Daher muß auch dieser aus dem Schriftstück ersichtlich werden. Ebenso wird dann für die Parteien klargestellt, daß und wie gebunden wird. Die Offenlegung nichtvertraglicher Bindungen erfordert somit in analoger Anwendung des § 34 eine schriftliche Fixierung der Bindung, wobei Bindender und Gebundener aus der Niederschrift ersichtlich sein müssen. Im übrigen genügt es, wenn auf eine Preisliste Bezug genommen wird [2]. Ist die nichtvertragliche Preisbindung Bestandteil eines Vertrages (z. B. des Liefervertrages), so muß das Formerfordernis wie bei der vertraglichen Preisbindung für den ganzen Vertrag gelten. Damit muß aber die für Verträge gültige Form des § 126 BGB wieder zur Anwendung gelangen: Binder und Gebundener müssen die Vereinbarung unterschreiben.

---

1) Siehe oben S.106 ff.

2) Folgt man der Ansicht, daß der Preisbinder wenigstens ein Muster unterzeichnen muß, so ist auch für die Offenlegung nichtvertraglicher Bindungen die Unterzeichnung eines Musterexemplares der schriftlichen Fixierung zu verlangen.

Welche Folgerungen sind aus diesem Ergebnis für die Auslegung des § 16 zu ziehen? Einer schriftlichen Fixierung sind nur konkrete Bindungsmaßnahmen zugänglich. Solche konkrete Maßnahmen liegen vor, wenn der Hersteller seinen Abnehmern Nachteile androht oder Vorteile ankündigt für den Fall, daß sie die von ihm angegebenen Wiederverkaufspreise nicht einhalten bzw. einhalten. Eine solche konkrete Maßnahme stellt ferner die Bekanntgabe der Einzelhandelspreise in der Presse, auf Plakatanschlägen usw. oder ihr Aufdruck auf der Ware oder auf Aufstellgeräten u. ä. dar. Die schriftliche Fixierung liegt hier bereits im Wesen der Maßnahme. Der Hersteller ist ebenfalls stets aus der Anzeige oder dem Aufdruck ersichtlich. Daß der Gebundene nicht aus der schriftlichen Angabe in der Anzeige oder auf der Ware ersichtlich ist, schadet für die Offenlegung nicht. Im ersteren Falle sind stets alle im - für die Kartellbehörde erkennbaren - Verbreitungsgebiet des betreffenden Publikationsmittels tätigen Einzelhändler in gleicher Weise gebunden, im letzteren ist überhaupt jeder Wiederverkäufer gebunden, der die Ware irgendwie erhält. Eine schriftliche Fixierung ist allerdings nicht möglich, wenn die Einzelhandelspreise in Film, Funk oder Fernsehen dem Publikum mitgeteilt werden. Es wäre jedoch wenig sinnvoll, diese Bindungsmittel an der fehlenden schriftlichen Fixierung scheitern zu lassen, hingegen die Bindung durch Zeitungsanzeigen zuzulassen. Eine interessengemäße Auslegung des § 34 muß dazu führen, auf die schriftliche Fixierung solcher Bindungen zu verzichten, bei denen die bindende Maßnahme gerade durch ihre Bekannt-

gabe an Millionen von Verbrauchern als Bindung wirkt. Nicht dem Offenlegungsprinzip genügen würde eine Preisbekanntgabe z. B. durch Flüsterpropaganda [1]. Eine Bindung wird jedoch nicht durch konkrete Maßnahmen bewirkt, wenn sie sich lediglich auf Grund einer bestehenden Abhängigkeit ergibt, wenn also etwa Wünsche des Herstellers hinsichtlich der Preisgestaltung seiner Abnehmer nur deshalb befolgt werden, weil diese die wirtschaftliche Überlegenheit des Herstellers fürchten. Eine derartige wirtschaftliche Überlegenheit und die sich daraus für die Abnehmer unter Umständen ergebenden Folgen sind aber, weil sie für jeden Einzelhändler verschieden sind, überhaupt nicht konkretisierbar und daher einer Offenlegung durch schriftliche Fixierung und Anmeldung nicht zugänglich. Solche Abhängigkeiten treten nun allerdings auch neben allen anderen durch schriftliche Abfassung offenlegbaren Bindungsarten auf, ohne daß sie dort offengelegt würden. Hier treten sie jedoch in ihrer Bindungswirkung in aller Regel völlig hinter den konkreten Bindungsmaßnahmen des Herstellers zurück, so daß auf ihre Offenlegung verzichtet werden kann. Folgt die Bindung jedoch allein aus einer wirtschaftlichen

---

1) Folgt man der Ansicht, daß zur Erfüllung der Form des § 34 die Unterschrift des Binders erforderlich ist, so scheinen diese Bindungsarten wegen der fehlenden Offenlegungsmöglichkeiten auszuscheiden. Selbst wenn man aber zur Offenlegung der vertraglichen Bindung die Unterzeichnung durch den Hersteller verlangt, wird man bei entsprechender Anwendung des § 34 auf diese Fälle darauf verzichten dürfen, da der Binder hier ohne weiteres feststellbar ist und davon ausgegangen werden kann, daß der Urheber der Bindung der Hersteller der betreffenden Ware ist.

Überlegenheit des Herstellers, so kann nicht auf ihre Offenlegung verzichtet werden, da das Bindungsverhältnis für die Kartellbehörde anderenfalls vollkommen undurchschaubar wird. Da aber die schriftliche Fixierung und Anmeldung solcher allgemeiner, in jedem Einzelfall anders wirkender Abhängigkeiten nicht möglich ist, können Preisempfehlungen des Herstellers, die nur auf Grund eines Abhängigkeitszustandes bindend wirken, nicht unter das Privileg des § 16 fallen. Ähnlich ist es beim "gentlemen agreement". Auch hier kann die Bindung nur offengelegt werden, wenn das "gentlemen agreement" von konkreten Drohungen oder Vorteilsankündigungen begleitet ist. Die allgemeinen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Abhängigkeiten, die zu einer Bindungswirkung führen können, sind nicht genügend konkretisierbar, als daß sie schriftlich abgefaßt und angemeldet werden könnten. Insoweit wird also unsere bereits aus dem Wortlaut gewonnene Auffassung bestätigt [1].

Die Auffassung , daß alle Bindungen sowohl vertraglicher als auch nichtvertraglicher Art, soweit sie sich im Rahmen des Wortlauts von § 16 halten, vom GWB zugelassen werden, muß daher wegen § 34 lediglich insoweit ergänzt werden, als nur solche Bindungen von § 16 privilegiert werden, die einer Offenlegung durch schriftliche Fixierung zugänglich sind oder bei denen die Offenlegung im Wesen der Maßnahme liegt.

---

1) Siehe oben S. 53 ff.

b) Das Erfordernis der Anmeldung der Preisbindung

Die oben schon mehrfach gestreifte Anmeldung nach § 16 IV ist unbestritten eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Preisbindung. Durch die Anmeldung soll ebenso wie durch die schriftliche Abfassung eine Offenlegung erreicht werden. Zwar gilt auch § 16 IV nach Wortlaut und Gesetzessystematik nur für vertragliche Bindungen, aber diese enge Fassung kann ebensowenig wie bei § 34 einer sich aus Sinn und Zweck des Preisbindungsprivilegs ergebenden Auslegung des § 16 I entgegenstehen, wenn eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auch auf nichtvertragliche Bindungen möglich ist. Statt der von § 16 IV geforderten Beifügung eines Musters des für die Preisbindung verwendeten Vertrages oder der die Preisbindung enthaltenden Vertragsbedingungen muß bei nichtvertraglichen Bindungen ein Muster des die schriftliche Fixierung enthaltenden Schriftstückes oder die Mitteilung, daß die Preise durch Ankündigungen in der Presse oder Warenaufdruck gebunden werden sollen, beigegeben werden. Im Falle der Bindung durch Presseanzeigen, Warenaufdruck usw. kann auf einer Anmeldung verzichtet werden, wenn die Preise schon in anderer Weise gebunden werden und die Bindungswirkung der Anzeigen usw. erheblich hinter dem oder den anderen Bindungsmitteln zurückbleibt, z. B. also bei einer Bindung durch Verpflichtung. Die Preisbindung wird den Herstellern u. a. gerade deswegen gestattet, weil der überall gleiche Preis eine hervorragende Werbewirkung ausübt [1]. Müßten die Hersteller die Bekanntgabe der

1) Röper S. 81.

gebundenen Preise in der Presse usw. anmelden, so würde ihnen die Ausnutzung dieser Werbewirkung unnötig erschwert, während der Offenlegung nur wenig gedient wäre, da ein solches Vorgehen der Preisbinder selbstverständlich ist. Es sei aber betont, daß dies nicht gilt, wenn der Hersteller die Preise ausschließlich durch Presseanzeigen, Warenaufdruck usw. bindet oder wenn die Bindungswirkung erst durch die Kombination dieses Bindungsmittels mit anderen Bindungsarten eintritt. Im Zweifel wird also der Hersteller die öffentliche Bekanntgabe der Wiederverkaufspreise bzw. ihren Aufdruck auf der Ware besser anmelden. Aus dem Anmeldungserfordernis ergibt sich somit keine Korrektur des bisher zur Auslegung des § 16 I gefundenen Ergebnisses, denn es ist weder eine vertragliche noch eine nichtvertragliche Bindung denkbar, die auf einer konkreten Maßnahme beruht, aber nicht in entsprechende Anwendung von § 16 offengelegt werden könnte.

8. Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung

Fassen wir das bisher aus Sinn und Zweck des § 16, aus den der Schaffung dieser Vorschrift erkennbar zu Grunde liegenden Interessenabwägungen zwischen den Interessen insbesondere der Hersteller an einer Bindung einerseits und der Abnehmer und der Allgemeinheit an der Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen andererseits gewonnene Ergebnis zusammen, so ergibt sich, daß alle Bindungen, die auf konkreten, offenlegbaren und auf Preisbeeinflussung gerichteten Maßnahmen des Herstellers beruhen, gleich ob vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, vom GWB als Ausnahme zu den Vorschriften der §§ 15, 25 und 38 privilegiert

werden, sofern sie nur noch irgendwie einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Bereich angehören. Diese Bindungen sind im wesentlichen die bereits oben [1] angeführten Preisstellungsformen:

1. Bindung durch vertragliche Verpflichtung,
2. Bindung durch vertragliche Verbindung von Vor- oder Nachteilen mit der Preisein- oder Nichteinhaltung,
3. Bindung durch Androhen bzw. Zufügen von Nachteilen oder Versprechen bzw. Gewähren von Vorteilen,
4. Bindung durch Veröffentlichung der Einzelhandelspreise und/oder Aufdruck der Preise auf der Ware o. ä.

Obiges Ergebnis wird durch folgende Überlegung bestätigt: Zur Erkenntnis der Zwecke des Gesetzgebers können auch objektiv-teleologische Kriterien herangezogen werden, denn es ist davon auszugehen, daß die Intention des Gesetzgebers auf das sachlich Angemessene gerichtet war [2]. Aus dem Sinn des Rechts als einer auf Gerechtigkeit abzielenden generellen Ordnung der Lebensverhältnisse ergibt sich der Grundsatz, daß Gleichsinniges gleich behandelt werden muß. Tatbestände, die in den für ihre rechtliche Bewertung wesentlichen Hinsichten gleich liegen, sollen gleich bewertet, sollen also mit den gleichen Rechtsfolgen ausgestattet werden [3]. Mit Sicherheit fällt nun anerkanntermaßen die verpflichtende Preisbindung unter § 16. Die bisherige Untersuchung hat jedoch ergeben, daß die oben aufge-

---

1) S. 57.
2) Vgl. oben S. 86.
3) Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 254.

zählten Bindungsarten hinsichtlich der Interessenlage und des Normzwecks für § 16 mit der verpflichtenden Bindung gleich liegen. Alle vom Wortlaut des § 16 gedeckten Bindungsarten wirken nur deshalb bindend, weil die gebundenen Abnehmer die ihnen aus einer Preisdurchbrechung erwachsenden wirtschaftlichen Nachteile, Abbruch der Geschäftsbeziehungen, Vertragsstrafen usw. fürchten. Die nichtverpflichtenden Bindungen unterscheiden sich insoweit überhaupt nicht von der verpflichtenden Preisbindung. Die Interessenlage ist daher bei den nichtverpflichtenden Bindungen keine andere als bei der verpflichtenden Preisbindung. Ebenso deckt der Normzweck des § 16 auch die nichtverpflichtenden Bindungen vertraglicher oder nichtvertraglicher Art. Es ist somit ein Gebot der Gerechtigkeit, daß auch die nichtverpflichtenden Bindungen, soweit sie oben aufgeführt sind, von § 16 zugelassen werden.

C) Die Definition der rechtlichen und der wirtschaftlichen Bindung

Nachdem festgestellt ist, daß neben der Bindung durch vertragliche Verpflichtung sowohl sonstige vertragliche als auch nichtvertragliche Bindungen unter § 16 fallen können, sofern sie nur einem - dem Schutzzweck des § 16 entsprechend - weit auszulegenden rechtlichen oder wirtschaftlichen Bereich angehören (insbesondere also nicht gesellschaftliche oder moralische Bindungen) und sofern sie offenlegbar sind, wird nun die Prüfung erforderlich, wie diese Bindungen in das Schema "rechtlich oder wirtschaftlich" eingeordnet werden können. Dies Beginnen hat im wesentlichen nur noch eine einteilende, klassifizierende Bedeutung, denn einerseits ist

bereits geklärt, welche denkbaren Bindungsgestaltungen von § 16 erfaßt werden, andererseits knüpft das Gesetz an die Scheidung der Bindungen in rechtliche und wirtschaftliche keine unterschiedlichen Folgen, sondern geht von einer Gleichbehandlung der beiden von ihm aufgeführten Bindungsarten aus. Letzteres wird ersichtlich aus der gleichrangigen Nebeneinanderstellung der beiden Bindungsmöglichkeiten in § 16 und ferner daraus, daß das GWB in den folgenden Vorschriften auf diese Unterscheidung nicht mehr eingeht, sondern lediglich von einer Preisbindung nach § 16 redet [1]. Es geht also im folgenden darum, durch eine Unterscheidung rechtlicher und wirtschaftlicher Bindungen die Terminologie des Gesetzes auf unser bisher gefundenes Ergebnis zur Anwendung zu bringen.

Wie bereits gesagt [2], hängen alle möglichen Unterschiede denkbarer Bindungsarten vom Charakter der sie verursachenden Maßnahmen ab. Eine wirtschaftliche Bindung liegt daher vor, wenn die sie verursachende Maßnahme dem wirtschaftlichen Bereich angehört, weil sie die wirtschaftliche Lage des Gebundenen beeinflußt. Wirtschaftliche Bindung in diesem Sinne ist aber jede von § 16 zugelassene Bindung, die verpflichtende so gut wie die nichtverpflichtende, die vertragliche so gut wie die nichtvertragliche. Diese Ähnlichkeit aller noch vom Wortlaut des § 16 gedeckten Bindungsarten wurde schon mehrfach erwähnt [3]. Jede von

---

1) Vgl. z. B. die §§ 17, 26 II.
2) Siehe oben S. 56.
3) Siehe oben S. 75 f. und 109.

§ 16 privilegierte Bindung wirkt lediglich nur deshalb bindend, weil die Beachtung des Herstellerwillens bei der Preisgestaltung mit wirtschaftlichen Vorteilen oder die Nichtbeachtung mit wirtschaftlichen Nachteilen irgendwelcher Art verbunden ist. Jede von § 16 erfaßte Bindung kann daher als wirtschaftliche Bindung angesehen werden [1], die vertraglichen Bindungen so gut wie die nichtvertraglichen.

Diese Gruppierung entspricht jedoch nicht dem Wortlaut des GWB, denn es bleibt kein Raum für die rechtliche Bindung. Zudem ist allgemein anerkannt, daß zumindest die verpflichtende Bindung eine Form der rechtlichen Bindung darstellt. Es ist daher notwendig, bestimmte Bindungen, zumindest jedenfalls die Bindung durch Verpflichtung, aus dem Begriff der wirtschaftlichen Bindung herauszunehmen und der rechtlichen Bindung zuzuordnen. Infolgedessen können wir eine wirtschaftliche Bindung i. w. S., eine rechtliche Bindung und eine wirtschaftliche Bindung i. e. S. unterscheiden. Zur wirtschaftlichen Bindung i. e. S. gehören die verbleibenden Bindungsarten, wenn aus der wirtschaftlichen Bindung i. w. S. die rechtliche Bindung herausgenommen wird. Wirtschaftliche Bindung i. w. S. ist somit ein Oberbegriff, der die rechtlichen Bindungen und die wirtschaftlichen Bindungen i. e. S. umfaßt. Nur die letzteren meint das GWB mit "wirtschaftlich bindet". Ordnet man der rechtlichen Bindung nur die vertragliche Verpflichtung zu, so wäre wirtschaftliche Bindung i. e. S. (wirtschaftliche Bindung im Sinne von § 16) jede nichtverpflichtende, dem wirtschaftlichen Bereiche angehörende Bindung, vorausgesetzt, daß sie offenlegbar wäre. Zweifelhaft erscheint jedoch die Einordnung nichtverpflichtender vertraglicher Bindungen

---

1) Vgl. Kirschstein WuW 58, 528.

als wirtschaftliche Bindung. Es ist kein Grund ersichtlich, warum gerade nur vertragliche Bindungen verpflichtender Art der rechtlichen Bindung unterfallen sollten. Eine rechtliche Bindung muß vielmehr immer dann angenommen werden, wenn die die Bindung hervorrufende wirtschaftliche Wirkung einer Bindungsmaßnahme auf ihre besondere rechtliche Gestaltung zurückgeht. Dies ist aber bei den nichtverpflichtenden vertraglichen Bindungen nicht weniger der Fall als bei der verpflichtenden Bindung. In beiden Fällen folgt die Bindungswirkung aus wirtschaftlichen Vor- oder Nachteilen, die sich erst aus einer besonderen Gestaltung der rechtlichen Beziehungen zwischen Bindendem und Gebundenem ergeben. Die Mittel, die die Bindung bewirken, werden erst von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellt und sanktioniert, sie modifizieren die Rechtssphäre - im weitesten Sinne - des Gebundenen. Alle vertraglichen Bindungen sind daher der rechtlichen Bindung zuzuteilen. Die nichtvertraglichen Bindungen hingegen beruhen auf Maßnahmen nichtrechtlicher, faktischer Art. Sie sind, soweit sie einem - dem Zweck des § 16 entsprechend - weit auszulegenden wirtschaftlichen Bereich angehören und offenlegbar sind (letzteres bedarf für vertragliche Bindungen keiner Erwähnung, da es dort selbstverständlich ist) der wirtschaftlichen Bindung i. e. S. (wirtschaftliche Bindung im Sinne des § 16) zuzuordnen. [1]

Damit ist es möglich, die Begriffe der rechtlichen und der wirtschaftlichen Bindung zu definieren:

---

1) Auch Gleiss - Kracht MA 64, 48 bezeichnen als wirtschaftliche Bindung die nicht vertraglichen Bindungen des Abnehmers, bestimmte Preise einzuhalten.

a) Rechtliche Preisbindung ist eine Situation, die geeignet ist, bestimmend auf die Willensbildung eines Abnehmers dahin einzuwirken, beim Weiterverkauf von Markenwaren eine bestimmte Preisgestaltung zu wählen, und die durch einen Vertrag zwischen Hersteller und Abnehmer hervorgerufen wird, der auf eine entsprechende Preisbeeinflussung gerichtet ist.

b) Wirtschaftliche Preisbindung ist eine Situation, die geeignet ist, bestimmend auf die Willensbildung eines Abnehmers dahin einzuwirken, beim Weiterverkauf von Markenwaren eine bestimmte Preisgestaltung zu wählen, und die durch eine nichtvertragliche, dem wirtschaftlichen Bereiche angehörende und in ihrer Bindungswirkung offenlegbare Maßnahme des Herstellers hervorgerufen wird, die auf eine entsprechende Preisbeeinflussung gerichtet ist.

Die rechtliche Bindung ist somit eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot vertraglicher Preisbindungen in § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15, und die wirtschaftliche Bindung ist eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot nichtvertraglicher Preisbindungen in den §§ 38 II Satz 2 und 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25 [1].

---

1) Daß es systematisch völlig verfehlt ist, direkt nur auf Verträgen beruhende Freiheitsbeschränkungen in § 15 und damit in § 38 I Ziff. 1 zu erfassen und die erhebliche Zahl nichtvertraglicher Freiheitsbeschränkungen über Umgehungsvorschriften (§§ 38 II Satz 2 und 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25), die zudem teilweise nicht einmal im materiellen Teil des Gesetzes ihren Platz gefunden haben, zu verbieten und dann nicht nur von der Regel, sondern auch von den Umgehungsvorschriften wieder Ausnahmen zuzulassen, bedarf keiner Frage.

3. Teil

Das Verhältnis der wirtschaftlichen Preisbindung zur Preisempfehlung

Anhand der oben aufgestellten Definitionen der beiden Preisbindungsarten ist es ein Leichtes, die rechtliche und die wirtschaftliche Bindung zu scheiden.

Ebensowenig ist die Abgrenzung der rechtlichen Preisbindung von der Preisempfehlung problematisch. Alle Formen vertraglicher Preisbindung gehören nicht in den Tatbestand des § 38 II Satz 2, denn sie fallen unter die Vorschrift des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15. § 38 II Satz 2 erstreckt sich jedoch nur auf Umgehungen im GWB enthaltener Verbote, zu denen auch die Vorschrift des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 gehört, setzt also voraus, daß dieser Tatbestand nicht erfüllt ist. Die vertragliche Preisbindung ist daher aus dem Empfehlungsbegriff auszuklammern. Daraus folgt, daß die rechtliche Preisbindung gegenüber der Preisempfehlung ein aliud ist; sie unterscheidet sich von ihr durch die vertragliche Bindung der Preisgestaltung.

Schwierigkeiten bereitet jedoch noch die Abgrenzung der wirtschaftlichen Bindung von den Preisempfehlungen. Diese Abgrenzung ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Preisempfehlung grundsätzlich verboten, die wirtschaftliche Bindung hingegen unter den besonderen Voraussetzungen des § 16 erlaubt ist. Da festgestellt ist [1], daß die wirtschaftlichen Bindun-

1) Siehe oben S. 87 ff.

gen unter das Verbot des § 38 II Satz 2 fallen, bleiben nur zwei Möglichkeiten, wie sich das Verhältnis der wirtschaftlichen Bindung zu den Preisempfehlungen gestalten könnte: Entweder deckt sich die wirtschaftliche Bindung mit der Preisempfehlung oder sie trifft nur einen Ausschnitt des Empfehlungsbegriffs.

Da der Preisempfehlungsbegriff bereits herausgearbeitet wurde, wären an sich alle Voraussetzungen für eine Abgrenzung der wirtschaftlichen Bindung von der Preisempfehlung gegeben. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß - wie bereits erwähnt - von beachtlichen Stimmen in der Literatur vertreten wird [1], daß eine faktische Bindung zwar nicht Begriffsmerkmal der Preisempfehlung, aber ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 38 II Satz 2 sei. Begrifflich macht es zwar einen Unterschied, ob die faktische Bindung Merkmal der Preisempfehlung ist oder ob sie nur ihre notwendige Folge sein muß, damit der Tatbestand des § 38 II Satz 2 erfüllt ist; für das praktische Ergebnis ist die Unterscheidung jedoch nicht von Bedeutung. Eine Abgrenzung der wirtschaftlichen Bindung von der Preisempfehlung oder besser gesagt: von dem in § 38 II Satz 2 geregelten wirtschaftlichen Vorgang (ein Unternehmer empfiehlt seinen Abnehmern die Einhaltung bestimmter Wiederverkaufspreise) ist daher erst möglich, wenn geklärt ist, ob zur Preisempfehlung eine faktische Bindung des Empfehlungsempfängers hinzutreten muß oder nicht. Es ist daher zunächst eine nähere Untersuchung dieser Frage erforderlich.

---

1) Benisch DB 57, 791; WuW 59, 8; WuW 60, 358; Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 22 und 27; Hengstenberg WuW 58, 444; Lieberknecht MA 58, 240; Müller - Gries § 38 Anm. 25.

1. Abschnitt

Das Tatbestandsmerkmal der faktischen Bindung in § 38 II Satz 2

§ 38 II Satz 2 verbietet nur solche Empfehlungen, die die Umgehung eines im GWB ausgesprochenen Verbotes durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben. Wie der Bundesgerichtshof [1] überzeugend dargestellt hat, begeht der Empfehlende, nicht der Empfehlungsempfänger die Umgehung. Im umgekehrten Falle wäre es unverständlich und wohl auch mit Art. 3 I GG unvereinbar, daß das GWB das Verhalten der die Umgehung begehenden Empfehlungsempfänger nicht ebenso mit Geldbuße bedroht wie das der Empfehlenden.

Der Begriff der Umgehung in § 38 II Satz 2 ist gleichbedeutend mit dem Umgehungsbegriff, der zu § 134 BGB entwickelt worden ist [2]. Danach wird die Umgehung im wesentlichen dadurch charakterisiert, daß ein vom Gesetz verbotener Zweck mit einem vom Gesetz nicht verbotenem Mittel erstrebt wird [3].

Das im GWB nicht verbotene Mittel (außerhalb des Umgehungstatbestandes) zur Erreichung des verbotenen Zwecks ist die Empfehlung. Fraglich ist, was als der durch das GWB verbotene Zweck in Betracht kommt, der durch die Empfehlung erreicht werden muß, damit der Tatbestand des § 38 II Satz 2 vollendet ist. Hier darf nicht ohne weiteres auf die allgemein dem GWB zu Grunde liegenden Ziele und Absichten, nicht auf

---

1) WuW 60, 347 ff (349); a. A. z. B. Giefers S. 75; Ehle WuW 63, 973.

2) Huber S. 65.

3) Benkendorff WuW 54, 148; Enneccerus - Nipperdey § 190 III; Giefers S. 73; Huber S. 65; Lehmann § 29 III 4.

den grundlegenden Zweck des Gesetzes, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, abgestellt werden, wie es bei der Definition der Empfehlung notwendig war, wo es darum ging, alle dem Wettbewerb grundsätzlich gefährlichen Maßnahmen erst einmal zu erfassen, sondern es muß von den Zwecken ganz konkreter Verbotsnormen des GWB ausgegangen werden. Das geht eindeutig aus dem Wortlaut des § 38 II Satz 2 hervor, nach dem ein im GWB ausgesprochenes Verbot umgangen sein muß. Erst diese bestimmten Verbotsnormen geben dem Umgehungstatbestand seinen Inhalt. Nur aus diesen Normen kann sich daher das evtl. Erfordernis faktischer Bindung ergeben [1]. Als Verbote des GWB, die durch eine Preisempfehlung umgangen werden können, bieten sich allein die §§ 1 und 15, beide in Verbindung mit § 38 I Ziff. 1 an. Der Klarheit halber sei hervorgehoben, daß die §§ 1 und 15 für sich allein kein Verbot enthalten, sondern lediglich die zivilrechtliche Unwirksamkeit entsprechender Verträge anordnen [2].

Es gilt daher zu untersuchen, ob eine Umgehung des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 eine faktische Bindung der Empfehlungsempfänger voraussetzt.

---

1) So ausdrücklich Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm.7. Benisch DB 57, 791, WuW 59, 8 und WuW 60, 358, Hengstenberg WuW 58, 444 und Lieberknecht MA 58, 240 entnehmen das Erfordernis der faktischen Bindung anscheinend aus dem Begriff der Umgehung.

2) BGH WuW 60, 347 ff (348); Ehle WuW 63, 973; Giefers S. 77; Huber S. 75 f. A. A. BGH WuW 58, 783 ff (785); Hefermehl GRUR 58, 626; Baumbach - Hefermehl § 15 GWB Anm. 18; Lukes, Kartellvertrag S. 121.

Nach § 38 II Satz 2 muß die Umgehung durch gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger bewirkt worden sein. Ein gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger liegt dann vor, wenn wenigstens zwei von ihnen die Empfehlung befolgen [1]. Gelegentlich ist bestritten worden, daß § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 überhaupt als umgehungsfähiger Verbotstatbestand für § 38 II Satz 2 in Betracht kommen könne [2]. Diese Ansicht geht meist davon aus, daß die Umgehungshandlung das gleichförmige Verhalten allein oder zusammen mit der Empfehlung sei, und argumentiert, daß § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 nicht das übereinstimmende Verlangen eines bestimmten Preises durch gebundene Abnehmer verhindern wolle, sondern die Beschränkung der Freiheit der Gestaltung von Preisen. § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 könne daher durch ein gleichförmiges Verhalten der Abnehmer nicht umgangen werden. Die Ansicht, daß § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 kein umgehungsfähiger Tatbestand im Sinne von § 38 II Satz 2 sei, erweist sich jedoch als nicht haltbar. Umgehungstäter sind nicht die Empfehlungempfänger, sondern ist allein der Empfehlende. Das Umgehungsmittel ist daher auch ausschließlich die Empfehlung, nicht aber das gleichförmige Verhalten. Daß § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 durch eine Empfehlung

---

1) BGH WuW 60, 347 ff (349); Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 15; Fikentscher S. 65; Giefers S. 70. A. A. Hengstenberg WuW 58, 443; Huber S. 73; Lieberknecht MA 58, 244; Marcetus WRP 58, 299.

2) Gleiss BB 58, 432 Anm. 13; Kracht BB 58, 465 f; Loos BB 58, 177; 572 Anm. 12; 1.220; Lutz NJW 58, 129, MA 58, 820 f.

umgangen werden kann, wird aber nicht bestritten. Allerdings müßte eine Preisempfehlung kein gleichförmiges Verhalten zur Folge haben, damit eine Umgehung des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 vorliegen könnte, denn für die Erfüllung des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 genügt es, wenn nur ein Abnehmer sich über einen ungültigen Preisbindungsvertrag hinwegsetzt. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß das Tatbestandsmerkmal des gleichförmigen Verhaltens für eine Umgehung des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 sinnlos sei und daß, da das Gesetz nichts Sinnloses anordnen könne, § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 als umgehungsfähiges Verbot für § 38 II Satz 2 nicht in Frage komme [1]. Das Erfordernis des gleichförmigen Verhaltens soll den Umgehungstatbestand einengen. § 38 II Satz 2 begnügt sich nicht mit einer formalen Wettbewerbsbeschränkung, wie sie notwendig vorliegt, wenn der Tatbestand des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 erfüllt ist, da § 38 I Ziff. 1 im Gegensatz zu § 15 ein der vertraglich vereinbarten Beschränkung gemäßes Verhalten der Wettbewerber verlangt, sondern erfordert auch eine gewisse Gefährdung der Interessen Dritter, denn gleichförmiges Verhalten bedeutet regelmäßig (meist werden sich eine Vielzahl und nicht nur zwei Abnehmer gleich verhalten) eine Beeinträchtigung der den Kunden zur Verfügung stehenden

---

1) So Loos BB 58, 1.220.

Wahlmöglichkeiten [1]. Auch § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 kommt somit als im Gesetz ausgesprochenes Verbot im Sinne von § 38 II Satz 2 in Betracht [2].

Fraglich kann allein sein, ob die Umgehung des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 eine faktische Bindung der Empfehlungsempfänger verlangt oder ob es genügt, wenn sie zu einer bestimmten Preisgestaltung durch die Preisempfehlung nur veranlaßt worden sind, ihnen aber die volle Freiheit der Entscheidung verblieb. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es entscheidend darauf an, was der in § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 verbotene Zweck ist. Wie dargestellt [3], soll § 15 den freien Wettbewerb schützen, allerdings nicht nur im Interesse der beteiligten Unternehmer, sondern auch im Interesse der unbeteiligten Dritten. § 15 soll jedoch den freien Wettbewerb, also das selbständige Streben der Wettbewerber, nicht schlechthin schützen, sondern nur gegen Gefahren, die ihm aus einer Einschränkung der Freiheit der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen drohen [4]. Hiernach wäre für eine Umgehung des § 15 eine faktische Bindung der Empfehlungsempfänger notwendig. Als umgangenes Verbot kommt aber nicht

---

1) Eine tatsächliche Beeinflussung der Marktverhältnisse durch das gleichförmige Verhalten zu fordern, erscheint zu weitgehend. Es muß die in dem gleichförmigen Verhalten zum Ausdruck kommende erhöhte abstrakte Gefahr für Dritte genügen. So aber Giefers S. 95 und Gleiss - Kracht MA 64,44.

2) So auch BGH WuW 58, 783 ff (786); Giefers S. 95; H. WRP 58, 40; Hefermehl GRUR 58, 626; LG Köln BB 58, 461 ff (462 f).

3) Siehe oben S. 44 ff.

4) Siehe oben S. 49 ff.

§ 15 allein, sondern nur § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 in Betracht. § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 jedoch scheint andere Ziele zu verfolgen wie § 15, denn er stellt darauf ab, daß die Vertragsteilnehmer sich auch tatsächlich der Vereinbarung gemäß verhalten, nämlich das selbständige rivalisierende Streben aufgeben und so den Wettbewerb beschränken. § 38 I Ziff. 1 verlangt also im Gegensatz zu § 15 ein den Wettbewerb beschränkendes Verhalten der Abnehmer. Wenn man zudem bedenkt, daß § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 gerade dann eingreift, wenn der beschränkende Vertrag nichtig ist, liegt die Schlußfolgerung nahe, daß es nicht oder nicht allein Zweck des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 ist, den freien Wettbewerb vor Einschränkungen der Entschlußfreiheit der Wettbewerber zu schützen, sondern gerade oder auch den freien Wettbewerb selbst. In diesem Falle wäre eine faktisch bindende Wirkung der Empfehlung nicht zu fordern, denn eine Wettbewerbsbeschränkung setzt keine Bindung der Entschlußfreiheit voraus [1]. Eine solche Auslegung würde § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 gegenüber § 15 ein viel zu großes Eigengewicht verleihen. § 38 I Ziff. 1 soll die Vertragsteilnehmer lediglich zwingen, die Konsequenz aus der in § 15 angeordneten Nichtigkeit zu ziehen, er kann daher nur in engem Zusammenhang mit § 15 verstanden werden. Daß nicht der Abschluß eines Vertrages, sondern erst das Sichhinwegsetzen über einen nach § 15 nichtigen Vertrag verboten wird, findet seinen Grund allein darin, daß das Gesetz nicht schon den Abschluß

---

1) Dies wurde schon mehrfach betont. Vgl. oben S. 43 ff.

als solchen, sondern erst die tatsächliche Beschränkung des Wettbewerbs für ordnungsstrafwürdig befindet [1]. Von dieser Einschränkung abgesehen ist der Zweck des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 kein anderer als der des § 15. Das GWB geht davon aus, daß auch ein nichtiger Vertrag noch bindend wirkt. Es besteht dann zwar keine rechtliche, sondern eine tatsächliche Bindung, entweder auf Grund eines allgemeinen Abhängigkeitsverhältnisses oder weil der (nichtige) Vertrag von konkreten wirtschaftlichen oder sonstigen Druckmitteln begleitet ist [2]. Die gleichen Gründe, die den Abnehmer veranlassen, überhaupt einen Beschränkungsvertrag einzugehen, bewirken regelmäßig auch eine Bindung des Vertragspartners an den nichtigen Vertrag. § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 will verhindern, daß auf Grund der tatsächlich bindenden Wirkung eines nichtigen Vertrages der Wettbewerb beschränkt wird. Jede andere Auffassung würde der Anknüpfung des § 38 I Ziff. 1 an § 15 nicht gerecht werden. Auch § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 will daher den Wettbewerb nicht schlechthin, sondern nur gegen eine Beschränkung der Gestaltungsfreiheit der Wettbewerber schützen. Dies bedeutet, daß zur Preisempfehlung in § 38 II Satz 2 eine tatsächliche Bindung hinzutreten muß, damit das Verbot des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 umgangen ist. [3] Jede andere Auslegung des § 38 II

---

1) Vgl. Begr. zu § 31 RegE Ziff. 1 (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.103).

2) Vgl. Hengstenberg WuW 58, 444.

3) So Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 27; Benisch WuW 59, 8; Lutz NJW 58, 129; Schwartz MA 58, 510; Gleiss - Kracht MA 64, 43; Frankf. Komm. § 38 Anm. 105.

Satz 2 würde zu dem paradoxen Ergebnis führen, daß ein Vertrag zwischen Hersteller und Abnehmer, der letzterem für die Einhaltung bestimmter Wiederverkaufspreise einen Treurabatt zusichert, der zu gering ist, um zu einer Bindung zu führen, nicht nach § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 verboten wäre, daß aber ein nichtrechtsgeschäftliches Treurabattversprechen des Herstellers in gleicher Höhe als Umgebung eben dieses § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 nach § 38 II Satz 2 ordnungswidrig wäre.

Soweit als Verbotsnorm § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit §15 angesehen wird, muß also zur Empfehlung eine faktische Bindung hinzutreten.

Es fragt sich nun, ob auch § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 durch eine Preisempfehlung umgangen werden kann und wenn ja, ob auch hier bindende Wirkung erforderlich ist. Ob § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 als durch Preisempfehlung umgehbares Verbot angesehen werden kann, ist umstritten [1]. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bisher dahingestellt sein lassen [2]. Für die Lösung des Problems ist entscheidend das zwischen § 1 und § 15 bestehende Verhältnis, nämlich die Lösung der Frage, ob es sich um zwei nicht begriffsnotwendig konkurrierende Sondertatbestände handelt oder ob die beiden Tatbe-

---

1) Dagegen Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 26; Fikentscher S. 68; Hefermehl GRUR 58, 626; Lutz NJW 58, 129; Mayer - Wegelin im Gem. Komm. § 38 Anm. 31; Schwartz MA 58, 510 f. Dafür Giefers S. 92; Huber S. 98 f; LG Köln BB 58, 461 ff (462); Kracht BB 58, 466; Loos BB 58, 177, 1.219; Gleiss - Kracht MA 64, 44.

2) WuW 58, 783 ff (784); NJW 63, 2.115 ff.

stände im Verhältnis der Spezialität oder Alternativität zueinander stehen. Wäre § 15 lex specialis zu § 1, so könnte § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 nur dann umgangen werden, wenn nicht schon § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 als der Spezialfall umgangen wäre. Im umgekehrten Falle könnte eine Preisempfehlung niemals § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 umgehen, wenn nicht begrifflich auch § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 umgangen würde, so daß eine Umgehung des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 keiner Erörterung mehr bedürfte, wenn nicht zunächst begrifflich § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 umgangen wäre. Sowohl § 1 als auch § 15 können auf horizontale und vertikale Verträge Anwendung finden [1]. Es besteht jedoch kein Verhältnis der Spezialität zwischen den beiden Vorschriften. Weder kann § 15 als Grundtatbestand und § 1 als Spezialvorschrift [2] angesehen werden, noch § 1 als lex generalis und §15 als lex specialis. § 15 ist nicht die Grundvorschrift zu § 1, weil für § 15 eine Bindung der Entschlußfreiheit des Vertragspartners vorliegen muß, nicht aber für § 1. Daß der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung keine Beschränkung der Entschließungsfreiheit verlangt, wurde schon mehrmals gesagt. Aber auch aus dem Erfordernis eines Vertrages

---

1) Fikentscher Hueck-Festschrift S. 550 mit überzeugenden Beispielen; Baumbach-Hefermehl Vorbem. zu § 15 GWB Anm. 4; Frankf. Komm. Einl. C Anm. 135; Brugger WuW 59, 249; Müller-Henneberg im Gem.Komm. 2. Aufl. § 1 Anm. 17; Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 15 Anm. 1; a. A. Müller - Henneberg im Gem. Komm. 1. Aufl. § 1 Anm. 4; Langen § 15 Anm. II 2; Müller - Gries § 15 Anm. 1.

2) So aber Fikentscher Hueck-Festschrift S. 550.

kann nicht geschlossen werden, daß § 1 eine Bindung der Entschließungsfreiheit verlange. Verpflichten sich z. B. zwei Hersteller gegenseitig, einen symbolischen Betrag von 50,-- DM an das Rote Kreuz für den Fall zu zahlen, daß sie bestimmte Preise nicht einhalten (ohne sich gegenseitig zur Einhaltung zu verpflichten!), so liegt zwar ein Vertrag zwischen Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck vor, der geeignet ist, den Markt durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen, von einer Einschränkung der Entschließungsfreiheit bezüglich der Preisgestaltung kann jedoch mit Rücksicht auf die geringe Höhe des Betrages nicht die Rede sein. Aber auch § 1 kann nicht die Generalnorm zu § 15 sein, denn § 15 verlangt kein Geeignetsein des Vertrages zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung. Auch Alternativität kann zwischen § 15 und § 1 nicht bestehen, denn jeder bindende Kartellvertrag erfüllt auch die Tatbestandsmerkmale des § 15. Es handelt sich daher bei den §§ 15 und 1 um zwei Sondervorschriften, die nicht begriffsnotwendig konkurrieren müssen, es aber in der Praxis häufig tun werden. Somit steht nichts entgegen, neben § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 auch § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 als grundsätzlich durch Preisempfehlung umgehungsfähigen Tatbestand anzusehen, so wie auf den gleichen Vorgang vertikaler oder horizontaler Art auch die §§ 15 und 1 nebeneinander zur Anwendung gelangen können, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind.

Damit ergibt sich wieder die Frage, ob auch für eine Umgehung des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 eine faktisch bindende Wirkung der Preisempfehlung gefordert werden muß. Diese Frage ist jedoch

zu verneinen. Während § 15 und damit auch § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 die Wettbewerbsbeschränkungen von der Beschränkung der Entschließungsfreiheit her zu erfassen sucht, stellt § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 auf das Ergebnis, nämlich die Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung ab. Der Zweck des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 ist nicht der Schutz der Entschließungsfreiheit der Wettbewerber, sondern unmittelbar der Schutz des freien Wettbewerbs. Dieser wird jedoch auch dann beschränkt, wenn die Abnehmer sich auf Grund einer Preisempfehlung ohne jede Bindung gleichförmig verhalten und so den Markt durch Wettbewerbsbeschränkung beeinflussen [1]. An die Stelle des Vertrages zum gemeinsamen Zweck tritt die Preisempfehlung; diese ist das an sich erlaubte Mittel zum nicht erlaubten Zweck der Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung.

Wir erhalten also das Ergebnis, daß zu der begrifflich keine faktisch bindende Wirkung voraussetzenden Preisempfehlung eine faktisch bindende Wirkung hinzutreten muß, damit der Tatbestand des § 38 II Satz 2 erfüllt ist, wenn eine Umgehung des Verbotes des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 in Frage steht. Nicht erforderlich ist faktische Bindung hingegen, wenn eine Umgehung des § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 in Betracht kommt. In diesem Fall muß das gleichförmige Verhalten allerdings eine Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Dies Ergebnis bedeutet, daß die

1) So auch Giefers S. 92; LG Köln BB 58, 461 ff (462); Kracht BB 58, 466; Loos BB 58, 177, 1.219.

Preisempfehlung grundsätzlich unabhängig von einer evtl. hinzutretenden faktischen Bindung des Empfehlungsempfängers verboten ist, denn die Notwendigkeit faktisch bindender Wirkung ergibt sich erst, wenn als umgangenes Verbot allein § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 in Betracht kommt. Entscheidend für das Verhältnis der wirtschaftlichen Bindung zu dem in § 38 II Satz 2 verbotenen Tatbestand ist somit die Abgrenzung des Begriffs der wirtschaftlichen Bindung zu dem oben [1] aufgezeigten Begriff der Preisempfehlung.

2. Abschnitt

Die Abgrenzung der wirtschaftlichen Bindung von der Preisempfehlung

Die wirtschaftliche Bindung ist ein Unterfall der grundsätzlich durch § 38 II Satz 2 bzw. § 38 I Ziff.8 in Verbindung mit § 25 verbotenen Preisempfehlung. Die wirtschaftliche Bindung erfüllt alle Wesenselemente des Empfehlungsbegriffs: Ihr liegt stets eine nichtvertragliche Maßnahme eines Herstellers zu Grunde, die nach ihrem objektiven Erklärungswert darauf gerichtet ist, die Abnehmer zu einer bestimmten Preisgestaltung zu veranlassen. Von diesem Preisempfehlungsbegriff hebt sich die wirtschaftliche Bindung durch drei Merkmale ab: Die auf Preisbeeinflussung gerichtete Maßnahme muß einem wirtschaftlichen Bereich angehören, sie muß eine Bindung des Abnehmers

---

1) S. 87 ff.

in der Preisgestaltung verursachen, d. h. sie muß eine Situation hervorrufen, die geeignet ist, bestimmend auf die Willensbildung eines Abnehmers dahin einzuwirken, beim Weiterverkauf von Markenwaren eine bestimmte Preisgestaltung zu wählen, und sie muß hinsichtlich ihrer bindenden Wirkung offenlegbar sein.

Der Begriff der wirtschaftlichen Preisbindung deckt sich jedoch nicht mit der faktisch bindenden Preisempfehlung im Sinne Hubers u. a. [1] Bei der wirtschaftlichen Bindung muß die bindende Maßnahme, wie aus dem Wortlaut des § 16 und dem Offenlegungsprinzip geschlossen wurde, die Bindung erzeugen; es genügt nicht, daß sie lediglich ein bestehendes Abhängigkeitsverhältnis ausnutzt. Ferner genügt für die wirtschaftliche Preisbindung nicht jede beliebige Maßnahme, sondern diese muß gerade einem - allerdings weit auszulegenden - wirtschaftlichem Bereich angehören. Zudem erfaßt die faktische Bindung auch gesellschaftliche, moralische und sonstige Bindungen nicht wirtschaftlicher Art. Die wirtschaftliche Bindung ist also gegenüber der faktischen Bindung im Sinne Hubers der engere Begriff.

Gelegentlich findet sich die Ansicht [2], der Begriff der wirtschaftlichen Bindung decke sich mit den Preisempfehlungen, die unter § 25 fallen. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Der in § 25 geregelte Vorgang ist einerseits weitergefaßt als

---

1) Siehe oben S. 90.

2) Vgl. z. B. Gleiss BB 58, 610.

der Begriff der wirtschaftlichen Bindung, denn es ist keine Bindung erforderlich, und es muß sich auch nicht notwendig um wirtschaftliche Vor- oder Nachteile handeln, andererseits hinwieder enger, denn der Druck muß vom Hersteller ausgehen. Die Bindung durch Aufdruck des Preises auf die Ware oder seine Bekanntgabe an das Publikum fällt somit nicht unter § 25, obwohl sie nur durch die Furcht der Abnehmer vor Nachteilen als Bindung wirkt [1]. Die wirtschaftliche Bindung kann also zwar unter § 25 fallen, sie muß es aber nicht.

Da die wirtschaftliche Bindung ein vom grundsätzlichen Verbot der Preisempfehlungen ausgenommener Sonderfall einer Preisempfehlung ist, empfiehlt sich folgende Reihenfolge der Prüfung, wenn eine nichtvertragliche Preisbeeinflussungsmaßnahme eines Herstellers auf ihre Zulässigkeit untersucht werden soll: Zunächst ist zu prüfen, ob die Maßnahme die Merkmale des Empfehlungsbegriffs aufweist. Darauf muß festgestellt werden, ob die Empfehlung unter das Verbot des § 38 II Satz 2 oder des § 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25 fällt. Nur wenn insoweit ein Verbot vorliegt, ist zu untersuchen, ob die Preisbeeinflussungsmaßnahme den Begriff der wirtschaftlichen Bindung ausfüllt. Ist das der Fall, so hängt ihre Zulässigkeit davon ab, ob die Voraussetzungen des § 16 gegeben sind.

---

1) Vgl. BGH WuW 58, 783 ff (787).

3. Abschnitt

Die analoge Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen

Eine analoge Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen ist in der Literatur lebhaft umstritten [1]. Nach der Ansicht des Bundesgerichtshofes [2] und des Bundeskartellamtes [3] sind nur solche Preisempfehlungen analog § 16 zulässig, die ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind und zu deren Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird. Es fragt sich, welche Rückschlüsse aus der hier vertretenen Ansicht, nach der gerade Preisempfehlungen mit bindender Wirkung als wirtschaftliche Bindung § 16 unmittelbar unterfallen können, auf die ausdehnende Anwendung des § 16 auf unverbindliche Preisempfehlungen gezogen werden müssen.

In seiner für die analoge Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen grundlegenden Entscheidungen vom 8. 10. 1958 [4] führte der Bundesgerichtshof aus, es

---

1) Dafür Loos BB 58, 178; 572; Frankf. Komm. Anhang 2 zu § 16 Anm. 2 ff; Löffler - Glaser DB 58, 537; Mayer - Wegelin § 16 Anhang; Reimann BB 58, 1.115; Völp WRP 58, 331. Dagegen Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 29; Fikentscher S. 100 f; Giefers S. 107; Lukes Jus 62, 218; Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 16 Anm. 47 f. Hefermehl GRUR 58, 627 bezeichnet den Analogieschluß des BGH als fragwürdig.

2) WuW 58, 783 ff und NJW 63, 2.115 ff.

3) Siehe S. 2 Anm. 2.

4) WuW 58, 783 ff.

könne nicht der Sinn des Gesetzes sein, die dem allgemeinen Anliegen des GWB an sich zuwiderlaufende echte, d. h. rechtlich verbindliche vertikale Preisbindung bei Markenwaren unter der Voraussetzung der Anmeldung beim Bundeskartellamt zuzulassen, die weniger einschneidende und dem Gesetzeszweck weniger zuwiderlaufende vertikale Preisempfehlung mit ihrer nur tatsächlichen Preisbindung bei Markenwaren aber ohne eine solche Möglichkeit der Legalisierung schlechthin zu verbieten, ja zu bestrafen. Es würde von der Zielsetzung des GWB aus kaum zu rechtfertigen sein, wenn die Hersteller von Markenwaren dadurch veranlaßt würden, von der bloßen Preisempfehlung zur echten Preisbindung überzugehen. Es wäre auch weder mit dem allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken noch mit der auch dem GWB zugrunde liegenden allgemeinen wirtschaftspolitischen Zielsetzung vereinbar, wenn den wirtschaftlich starken Herstellern, die eine vertragliche Preisbindung bei den Händlern durchsetzen könnten, die Möglichkeit der Legalisierung durch Anmeldung eröffnet würde, den wirtschaftlich schwächeren Herstellern aber, die die vertragliche Bindung nicht durchsetzen könnten, eine entsprechende Wohltat für Preisempfehlungen versagt bleiben sollte.

Diese Entscheidung war bisher allgemein dahin verstanden worden, daß zumindest Preisempfehlungen mit faktisch bindender Wirkung analog § 16 zulässig seien [1]. Wenig überzeugend hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 6. 6. 1963 [2] hierzu erklärt,

---

1) Vgl. statt vieler Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 16 Anm. 48.

2) NJW 63, 2.115 ff (2.118).

die Begründung seiner Entscheidung vom 8. 10. 1958 lasse keinen Zweifel darüber, daß er die Legalisierungsmöglichkeit nach § 16 IV für eine außervertragliche Beeinflussung von Wiederverkaufspreisen nur in den Fällen habe zulassen wollen, in denen die begrifflichen Grenzen einer Empfehlung eingehalten würden. Er führt dann aus, er habe in seiner Entscheidung vom 14. 1. 1960 [1] den Begriff der Empfehlung dahin gekennzeichnet, daß der Empfehlung einerseits das Bestreben innewohne, den Willen dessen, an den sie gerichtet sei, in bestimmten Sinne zu beeinflussen, daß sie andererseits jedoch zum Unterschied von einer Weisung, einer Vertragspflicht oder sonst einer rechtlichen Bindung [2] dem Adressaten letztlich die Freiheit der Entschließung lasse. Aus dieser Begriffsbestimmung folgert der Bundesgerichtshof, daß es für die analoge Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen entscheidend darauf ankomme, daß den Empfehlungsempfängern die Freiheit der Entscheidung darüber belassen werde, ob sie die Empfehlung befolgen wollten oder nicht.

Dieser Versuch des Bundesgerichtshofes, die Zulässigkeit der Preisempfehlung auf unverbindliche Empfehlungen zu begrenzen, überzeugt nicht. Zunächst einmal kann seine Methode keine Zustimmung finden, den Umfang der analogen Anwendung des § 16 aus einer

---

1) NJW 60, 723 f.

2) Was unter "sonst einer rechtlichen Bindung" zu verstehen ist, bleibt unklar, da der BGH in seiner Entscheidung vom 8. 10. 1958 in WuW 58, 783 ff unter einer rechtlichen Bindung allein die Bindung durch Verpflichtung versteht.

reinen Begriffsbestimmung abzuleiten, zumal er auch diesen Begriff nur aus einer Wortinterpretation gewonnen hat [1]. Vor allem aber verkennt der Bundesgerichtshof die Bedeutung des Empfehlungsbegriffs. Der Empfehlungsbegriff ist zu § 38 II entwickelt worden. Hier dient er zur Abgrenzung schädlicher und unschädlicher Einflußnahmen auf die Entschließung der Wettbewerber. Der Bundesgerichtshof ist dazu mit Recht zu der Auffassung gelangt, daß für seine Empfehlung zwar einerseits eine Bestimmungstendenz, aber andererseits nicht eine tatsächliche Bindungswirkung erforderlich sei. Das schließt aber auch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14. 1. 1960 nicht aus, daß eine Empfehlung eine tatsächlich bindende Wirkung haben kann. Auch Empfehlungen mit tatsächlich bindender Wirkung erfüllen also nach richtiger Auffassung des Bundesgerichtshofes die Voraussetzungen des Empfehlungsbegriffs. Damit wird es aber schlechthin unverständlich, wie die analoge Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen mit bindender Wirkung damit abgetan werden kann, die Empfehlung sei ihrem Wesen nach unverbindlich.

Aber auch der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 8. 10. 1958 vertretenen analogen Anwendung des § 16 auf Preisempfehlungen kann gerade für die unverbindlichen Preisempfehlungen - und für diese allein ist der Analogieschluß nach der neueren Entscheidung vom 6. 6. 1963 noch bedeutsam - nicht gefolgt werden.

---

1) Vgl. NJW 60, 723 f (723).

§ 16 trifft für rechtliche Preisbindungen eine Ausnahmeregelung von § 38 I Ziff. 1 in Verbindung mit § 15 (und evtl. § 1) und für wirtschaftliche Preisbindungen eine Ausnahmeregelung zu § 38 II Satz 2 (und evtl. § 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25). Es gilt der Grundsatz, daß Ausnahmeregeln eng auszulegen sind, daß sie insbesondere einer analogen Anwendung nicht zugänglich sind. Vielmehr ist anhand der Ausnahmeregel gerade der Umkehrschluß geboten, daß von ihr nicht erfaßte Vorgänge dem grundsätzlichen Verbot unterfallen. Folgerichtig wären die unverbindlichen Preisempfehlungen stets der Regel des § 38 II Satz 2 zu unterstellen. Es wäre jedoch verfehlt, obige Auslegungsregel dermaßen schematisch zur Anwendung zu bringen [1]. Jeder Ausnahmevorschrift liegt ein bestimmtes Prinzip zu Grunde. Innerhalb dieses Prinzips ist aber eine weite Auslegung und sogar Analogie gestattet.

Jede Analogie setzt voraus, daß die Interessenlage und der Gesetzeszweck, die der ausdehnend anzuwendenden Norm zugrunde liegen, auch auf die vom Gesetz nicht geregelten Fälle zutreffen.

Es mag zwar sein, daß die unverbindliche Preisempfehlung, wie der Bundesgerichtshof meint, dem auf den Schutz des freien Wettbewerbs gerichteten Zweck des GWB weniger zuwiderläuft als die Preisbindung, das rechtfertigt aber nicht ihre Zulassung. Trotz dieser den Wettbewerb geringer beschränkenden Wirkung ist die unverbindliche Preisempfehlung nicht ein minus gegenüber der Preisbindung, sondern ein aliud, denn

---

1) Vgl. oben S. 104 f.

sie unterscheidet sich in der Interessenlage erheblich von der Preisbindung. Eine Preisbindung bei Markenwaren wird vom Hersteller eingeführt, um einen überall gleichen Wiederverkaufspreis zu schaffen [1]. Dieser Zweck läßt sich in aller Regel mit der rechtlichen oder wirtschaftlichen Preisbindung dank der Bindungswirkung dieser Preisstellungsformen auch erreichen. Die Preisbindung ist daher das geeignete Instrument zur Schaffung eines allgemein gültigen Wiederverkaufspreises. Anders ist es jedoch bei der unverbindlichen Preisempfehlung. Diese kann schon ihrem Wesen nach den überall gleichen Verkaufspreis oft nicht erreichen. Es zeigt sich in der Praxis, daß die unverbindlichen Preisempfehlungen häufig von einem großen Teil der Händler nicht beachtet werden. Auf bestimmten Marktgebieten, z. B. bei elektrischen Haushaltsgeräten, Rundfunkempfängern oder Kühlschränken, ist dies sogar die Regel. Die Hauptbedeutung der unverbindlichen Preisempfehlungen liegt daher vielfach darin, dem Handel und den Käufern eine weitgehende Spekulation mit prozentualen Nachlässen auf die empfohlenen Preise zu ermöglichen. Dies wird von manchen Herstellern zum Anlaß genommen, sog. "Mondpreise", also stark überhöhte Wiederverkaufspreise, zu empfehlen, um dem Handel Gelegenheit zu besonders günstig erscheinenden Preisnachlässen zu geben [2].

---

1) Für die Motive des Herstellers im einzelnen vgl. oben S. 5 ff.

2) Vgl. Gleiss - Kracht MA 64, 41.

Außerdem unterscheidet sich die unverbindliche Preisempfehlung von der Preisbindung auch hinsichtlich ihrer Offenlegbarkeit. Das GWB macht die Zulässigkeit der Preisbindung von ihrer Offenlegung durch Anmeldung und schriftliche Abfassung abhängig [1]. Es soll offengelegt werden, daß überhaupt gebunden wird, wer von wem gebunden wird und wie gebunden wird. Diese Offenlegung ist die Voraussetzung der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht. Nun ist es aber nicht ausgeschlossen, daß auch bei der unverbindlichen Preisempfehlung eine Bindung besteht: Diese kann sich insbesondere aus einem allgemeinen Abhängigkeitsverhältnis des Abnehmers gegenüber dem Hersteller ergeben. Eine derartige Bindung muß natürlich nicht bei jeder unverbindlichen Preisempfehlung bestehen, sie wird aber häufig gerade bei den Empfehlungen vorliegen, die vom Handel befolgt werden. Diese Bindung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der empfohlene Preis, wie es das Bundeskartellamt [2] und ihm folgend der Bundesgerichtshof [3] verlangen, ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet wird. Dadurch mag die Gefahr, daß eine unverbindliche Preisempfehlung ein bestehendes Abhängigkeitsverhältnis ausnutzt, zwar verringert werden, ausgeschaltet wird sie jedoch nicht [4],

---

1) Siehe oben S. 128 ff.

2) Siehe oben S. 2 Anm. 2.

3) NJW 63, 2.115 ff (2.119).

4) Lutz NJW 58, 129 ist allerdings der Ansicht, durch die Kennzeichnung einer Preisangabe als "Richtpreis" werde die Bindungswirkung ausgeschlossen.

denn die Abnehmer wissen, daß der Unverbindlichkeitsvermerk nicht dem freien Entschluß des Herstellers entspringt, sondern diesem aufgezwungen wird. Auch für diese Bindung gilt jedoch das Offenlegungsprinzip, denn die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden besteht auch für unverbindliche Preisempfehlungen, wenn diese analog § 16 zugelassen werden [1]. An sich hätten daher der Bundesgerichtshof und das Bundeskartellamt auch die schriftliche Fixierung der unverbindlichen Preisempfehlung analog § 34 fordern müssen. Auch dann würde aber nur offengelegt, an welche Abnehmer die Preisempfehlung gerichtet ist. Damit würde aber dem Offenlegungsprinzip nicht genüge getan, denn es würde, da die evtl. auftretende Bindung nicht auf einer konkreten Maßnahme beruht, nicht offengelegt, ob überhaupt und für welche Abnehmer eine Bindung bestände und wie sie im einzelnen zustandekäme. Dies zeigt, daß die aus einer allgemeinen Abhängigkeit entstehende Bindung, selbst wenn eine schriftliche Fixierung der Empfehlung gefordert würde, sich jeder Offenlegung entzieht. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß auch bei der rechtlichen oder wirtschaftlichen Bindung die zur konkreten Bindungsmaßnahme häufig hinzutretende allgemeine Abhängigkeit nicht offengelegt werden könne. Bei der Preisbindung wird jedenfalls durch Anmeldung und schriftliche Abfassung

---

1) BKA WuW 60, 435 f, WuW 61, 573 ff (575); Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 29; Huber S. 114; Löffler - Glaser DB 58, 536; Loos BB 58, 178; Lukes Jus 62, 218; Mayer - Wegelin § 16 Anhang.

offenkundig gemacht, daß überhaupt, wer und im wesentlichen auch wie gebunden wird. Bei der unverbindlichen Preisempfehlung hingegen kann durch Anmeldung und schriftliche Fixierung auch nicht einer dieser drei Punkte offenbar gemacht werden. Auch wegen der fehlenden Offenlegungsmöglichkeit unterscheidet sich daher die unverbindliche Preisempfehlung hinsichtlich der Interessenlage von der rechtlichen oder wirtschaftlichen Preisbindung.

Auch der Normzweck des § 16 ist nicht auf die unverbindliche Preisempfehlung übertragbar. § 16 gestattet die Preisbindung, weil der Gesetzgeber aus verschiedenen Gründen [1] die Interessen der Hersteller von Markenwaren an einem überall gleichen Preis höher wertet als die Interessen der Händler und Verbraucher am freien Preiswettbewerb. Diese Wertung des Gesetzgebers trifft aber jedenfalls auf solche Preisstellungen nicht zu, die vom Handel in einem erheblichen Umfange durchbrochen werden [2]. In diesem Falle kann nämlich die Preisstellung die Zwecke, um derentwillen das GWB die Preisstellung zuläßt, nicht mehr erreichen. Dann müssen aber die Interessen der Händler und Verbraucher am freien Preiswettbewerb wieder den Vorrang erhalten. Daraus folgt, daß solche Preisstellungen, die wie die unverbindliche Preisempfehlung von vornherein nicht geeignet sind, einen überall gleichen, von erheblichen Durchbrechungen freien Wiederverkaufspreis zu erzeugen, denen also die Tendenz zur Durchbrechung immanent ist, von dem Normzweck

---

1) Vgl. im einzelnen oben S. 97 ff.

2) Vgl. oben S.116.

des § 16 nicht gedeckt sind. Es mag sein, daß auch gewisse Formen der wirtschaftlichen Bindung wesentlich lückenanfälliger sind als etwa die Bindung durch Verpflichtung. In diesen Fällen läßt sich jedoch dank der Bindungswirkung nicht sagen, daß diese Preisstellungsformen von vornherein häufig ungeeignet seien, einen überall gleichen, von erheblichen Durchbrechungen freien Wiederverkaufspreis zu schaffen. Es widerspricht daher keineswegs der Zielsetzung des GWB, wie der Bundesgerichtshof meint, wenn die Hersteller veranlaßt würden, von der unverbindlichen Preisempfehlung zur Preisbindung überzugehen.

Es besteht auch bei der hier zur rechtlichen und wirtschaftlichen Preisbindung vertretenen Auffassung keine Notwendigkeit, den wirtschaftlich schwachen Herstellern wenigstens die Möglichkeit einer Preisbeeinflussung durch unverbindliche Preisempfehlungen zu gewähren. Auch dem wirtschaftlich schwachen Hersteller steht ein solches Arsenal an einfach zu handhabenden Preisbeeinflussungsmöglichkeiten zur Verfügung, daß die Ausdehnung des § 16 auf unverbindliche Preisempfehlungen als überflüssig erscheint. Der Hersteller kann die Preise durch Bekanntgabe an das Publikum oder Aufdruck auf die Waren binden. Er kann in einem Rundschreiben an seine Abnehmer irgendwelche Sanktionen für den Fall der Nichtbeachtung der Festpreise oder Treurabatte für ihre Einhaltung ankündigen. Alle diese Formen der Preisbindung erscheinen wirtschaftlich für den Hersteller nicht erheblich belastender als die Ausgabe von unverbindlichen Preisempfehlungen. Insbesondere ist nicht der Abschluß eines schriftlichen Preisbindungsvertrages mit jedem einzelnen Abnehmer erforderlich, wie es die Folge der Ansicht

des Bundesgerichtshofes ist, der nur vertragliche Preisbindungen kennt und daher dann über die obigen Erwägungen versuchen muß, den § 16 auf unverbindliche Preisempfehlungen anzuwenden [1].

Gelegentlich wird es allerdings nicht ganz einfach sein, die durch § 16 privilegierte wirtschaftliche Bindung von den unverbindlichen Preisempfehlungen zu trennen. Entscheidend für die Privilegierung ist die Bindungswirkung. Ob eine Bindung bewirkt wird, kann aber in Grenzfällen zweifelhaft sein. So ist es z. B. keineswegs sicher, daß eine Ankündigung bestimmter Verkaufspreise in der Presse für sich allein schon bindend wirkt. In solchen Fällen riskiert der Bindende, daß seine "Bindungsmaßnahmen" für unzulässig erklärt werden. Die Auferlegung einer Ordnungsstrafe nach § 38 II wird dann jedoch in aller Regel am fehlenden Verschulden scheitern. Eine gefährliche Rechtsunsicherheit wird die Schwierigkeit der Abgrenzung in Grenzfällen ebenfalls nicht zur Folge haben, da einmal die Spruchpraxis der Kartellbehörden und der Gerichte bald Klarheit schaffen kann, wann eine Bindung vorliegt und wann nicht, und da zum anderen den Herstellern genügend Möglichkeiten - etwa durch Kombination mehrerer Mittel - zur Verfügung stehen, eine eindeutige Bindung herbeizuführen. Dabei werden an die Annahme einer Bindungswirkung strenge Anforde-

---

1) Soweit man der Ansicht ist, daß für unverbindliche Preisempfehlungen ein wirtschaftliches Bedürfnis besteht, wird man nur über eine Reform des geltenden Preisempfehlungsrechts helfen können. So auch Baumbach - Hefermehl § 38 GWB Anm. 29; Huber S.116 ff und Lukes Jus 62, 218.

rungen zu stellen sein, damit gesichert ist, daß die Bindung im wesentlichen auch tatsächlich auf dem offengelegten Bindungsmittel und nicht auf unkontrollierbaren wirtschaftlichen Abhängigkeiten beruht.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß eine analoge Anwendung des § 16 auf unverbindliche Preisempfehlungen scheitert, weil die dem § 16 zugrunde liegende Interessenlage bei ihnen nicht vorliegt und weil sein Normzweck auf sie nicht übertragbar ist.

4. Teil

Die rechtspolitische Bedeutung der gesetzlichen Anerkennung der wirtschaftlichen Bindung

Die in § 16 vorgenommene Gleichstellung der wirtschaftlichen Bindung mit der rechtlichen offenbart als Willen des Gesetzes, daß die beiden Bindungsarten soweit wie möglich gleich behandelt werden sollen. Dies ergibt sich ferner daraus, daß das Gesetz auf die in § 16 vorgenommene Unterscheidung an keiner Stelle des Gesetzestextes zurückkommt und nirgends an die beiden Bindungsarten ausdrücklich unterschiedliche Folgen knüpft. Da die im GWB allgemein für Preisbindungen getroffenen Regelungen allerdings regelmäßig nach ihrem Wortlaut nur auf vertragliche, also rechtliche Bindungen zugeschnitten sind, können

sie auf die wirtschaftliche Bindung vielfach nur analog angewandt werden [1]. Auch die wirtschaftliche Preisbindung muß wie die rechtliche beim Bundeskartellamt angemeldet und schriftlich fixiert werden. Es besteht die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden nach § 17 und die wirtschaftlich gebundenen Abnehmer werden durch § 26 mit Schutzrechten ausgestattet, die in ihrer praktischen Tragweite nicht hinter den Möglichkeiten zurückbleiben, die den durch Verpflichtung gebundenen Abnehmern schon vor Inkrafttreten des GWB gegeben waren. Durch § 16 wird also angeordnet, daß ein nicht rechtliches, faktisches Verhalten weitgehend wie ein rechtliches behandelt wird.

Hier zeigt sich eine gewisse Ähnlichkeit mit den Ergebnissen der Lehre von den faktischen Verträgen [2]. Nach der herrschenden und auch dem BGB zu Grunde liegenden klassischen Rechtsgeschäftslehre ist ein Vertrag die erklärte Willensübereinstimmung zweier (oder mehrerer) sich gegenüberstehender Parteien über die Herbeiführung eines einheitlichen Rechtserfolgs [3]. Er besteht also aus mindestens zwei einander entsprechenden Willenserklärungen. Es zeigt sich jedoch, daß diese enge Vertragstheorie in zahlreichen Fällen den sozialen Vorgängen nicht gerecht zu werden vermag.

---

1) Vgl. z. B. die §§ 16 IV Satz 3 und 34.

2) Grundlegend Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943. Im übrigen siehe die Literaturangaben bei Simitis S. 95 Anm. 4.

3) Lehmann § 33 I.

So müßte die überkommene Lehre verneinen, daß bei der rein tatsächlichen Benutzung eines Verkehrsmittels der öffentlichen Verkehrsbetriebe ein Vertrag zustande kommt, wenn sie nicht in der tatsächlichen Benutzung die schlüssige Annahme eines Angebots des Verkehrsunternehmens erblicken will [1]. Die Auffassung, daß z. B. in dem Besteigen einer Straßenbahn bereits eine auf Abschluß eines Beförderungsvertrages gerichtete Willenserklärung liege, ist jedoch eine reine Fiktion [2]; es käme daher bei Zugrundelegung der h. L. kein Vertrag zustande. Eine soziale Wertung des ganzen Vorganges ergibt jedoch, daß dieser Fall nicht anders beurteilt werden kann, als wenn der Fahrgast vor Antritt der Fahrt eine Fahrkarte gelöst hätte. Dann wäre aber auch nach der überkommenen Vertragstheorie unzweifelhaft ein Vertrag zustande gekommen [3]. Auch nach der allgemeinen Verkehrsanschauung ist mit einem solchen Verhalten (z. B. Besteigen der Straßenbahn) die Konsequenz verbunden, daß ein Beförderungsvertrag entstanden ist [4]. Die Lehre von den faktischen Verträgen wendet daher in diesen Fällen auf das durch das tatsächliche Leistungsangebot und die tatsächliche Inanspruchnahme entstehende Verhältnis die Regeln über Verträge an und bezeichnet den Vorgang als faktisches Vertragsverhältnis. Die schuldbegründende Wirkung des Verhaltens des Benutzers beruht nicht darauf, daß er sich verpflichten will, sondern darauf, daß es

---

1) So aber z. B. Enneccerus - Nipperdey S. 697.
2) Larenz Schuldrecht I S. 35.
3) Larenz Schuldrecht I S. 35.
4) Larenz Schuldrecht I S. 33.

ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden vom Verkehr als die Verpflichtung begründend gewertet wird [1]. Larenz [2] spricht daher von einem Schuldverhältnis aus sozialtypischem Verhalten. Man muß also zwischen Vertragsverhältnissen unterscheiden, die auf einem Rechtsgeschäft beruhen und solchen die auf tatsächlichem Verhalten beruhen [3]. Die Bedeutung der Lehre von den faktischen Verträgen und die Ähnlichkeit ihres Ergebnisses mit der hier vertretenen Auffassung von der wirtschaftlichen Bindung besteht somit darin, daß an ein nicht rechtsgeschäftliches, lediglich faktisches Verhalten die gleichen Rechtsfolgen geknüpft werden wie an eine auf Rechtsfolgen gerichtete Willenserklärung.

Da die rechtliche Bindung ein auf einem Rechtsgeschäft beruhendes Vertragsverhältnis darstellt, läge es nach den obigen Ausführungen nahe, die wirtschaftliche Bindung als ein Vertragsverhältnis aufzufassen, das sich aus einem tatsächlichen Verhalten ergibt. So will Hirsch [4] mit der Begründung, daß eine Verpflichtung aus sozialtypischem Verhalten vorliege, anscheinend die Fälle als Kartellvertrag ansehen, da ein auf dem Markt führendes Unternehmen an andere kleinere Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe und Branche seine Geschäftsbedingungen und Preislisten schickt in der Erwartung, daß die anderen sich auf dem Markt konform verhalten werden. Eine derartige

---

1) Larenz NJW 56, 1.899.

2) Schuldrecht I S. 33 ff; NJW 56, 1.897 ff. Ähnliche faktische Vertragsverhältnisse finden sich noch im Gesellschaftsrecht, im Arbeitsrecht und im Mietrecht.

3) Larenz NJW 56, 1.900.

4) S.27 ff.

Lösung würde für die wirtschaftliche Bindung im Gegensatz zur oben [1] vertretenen Ansicht voll mit der Gesetzessystematik übereinstimmen, denn § 15 könnte dann auch auf faktische Bindungen wirtschaftlicher Art Anwendung finden. So bestechend der Gedanke auch sein mag, die wirtschaftliche Bindung als einen Fall der faktischen Verträge aufzufassen, da so der Wortlaut des § 16 wieder mit dem Gesetzeszusammenhang zum Einklang gebracht würde, haltbar ist er jedoch nicht. Jeder Vertrag setzt zumindest zwei korrespondierende d. h. ihrem Sinn nach auf einander bezogene Handlungen zweier Beteiligten voraus [2]. Die wirtschaftliche Bindung ist jedoch - wie gezeigt - ihrem Wesen nach einseitiger Natur. Für ihr Zustandekommen genügt allein ein entsprechendes Vorgehen des Bindenden, auf das Verhalten des Gebundenen, nämlich ob er der Bindung folgt oder nicht oder ob er sich gebunden fühlt oder nicht, kommt es überhaupt nicht an. Die wirtschaftliche Bindung beruht auf einem einseitigen faktischen Verhalten des Binders. Es ist daher schon aus diesem Grunde nicht möglich, die wirtschaftliche Bindung als eine besondere, neue Gruppe der faktischen Vertragsverhältnisse anzusehen.

Die Bedeutung der Regelung der wirtschaftlichen Bindung, also eines faktischen Verhaltens, im Gesetz liegt darin, daß hier vom Gesetz selbst ein bestimmtes faktisches Verhalten wie ein rechtliches gewertet und einer entsprechenden Regelung zugeführt wird,

---

1) S. 149.

2) Larenz NJW 56, 1.898; siehe auch Simitis S. 94.

eine Konsequenz, die bei den faktischen Vertragsverhältnissen nur entgegen dem Gesetz und nach schwerwiegenden dogmatischen Auseinandersetzungen gezogen werden konnte. Am Beispiel der wirtschaftlichen Bindung zeigt es sich, daß die Tendenz des modernen Gesetzgebers dahin geht, rein tatsächliche Verhaltensweisen und Vorgänge des Wirtschaftslebens nicht entweder zu verbieten oder einfach zu übergehen, sondern sie wie Rechtsgeschäfte im einzelnen zu regeln. Dieses Vorgehen des modernen Gesetzgebers wird allein der Bedeutung faktischer Verhaltensweisen im Wirtschaftsleben gerecht. Nur so kann verhindert werden, daß die Unternehmer usw. vom rechtsgeschäftlichen Bereich auf rein tatsächliche Verhaltensweisen ausweichen, die ungeregelt geblieben sind. Am Beispiel der wirtschaftlichen Bindung zeigt sich jedoch auch, wie schwierig es ist, solche tatsächlichen Vorgänge gesetzgeberisch richtig zu erfassen. Vor einem ähnlichen Problem stand der Gesetzgeber bei der Reform des Konzernrechts. Die Beherrschung einer Aktiengesellschaft durch ein anderes Unternehmen gefährdet die Aktionäre und Gläubiger der beherrschten Gesellschaft. Die Abhängigkeit des beherrschten Unternehmens kann die Folge eines entsprechenden Unternehmensvertrages oder lediglich eine rein faktische sein. Der Referentenentwurf ging folgenden Weg: Die Beherrschung eines abhängigen Unternehmens durch ein anderes Unternehmen sollte nur dann zulässig sein, wenn ein Unternehmensvertrag bestand, dessen Inhalt und Rechtsfolgen gesetzlich so festgelegt wurden, daß eine Gefährdung der Aktionäre und Gläubiger der beherrschten Gesellschaft möglichst vermieden

wurde. Die Herrschaftsausübung ohne Unternehmensvertrag wurde dagegen unter schwere Strafen gestellt (§ 284 RefE) [1]. Der RefE ging also hier den umgekehrten Weg wie der Gesetzgeber bei der Preisbindung. Die faktischen Gestaltungen wurden nicht nach Inhalt und Rechtsfolgen gesetzlich geregelt, sondern verboten, und es wurden nur die rechtlichen Gestaltungen zugelassen. Die Unternehmen wurden somit bewußt zur rechtlichen Gestaltungsweise gedrängt. Von dieser Lösung ist das neue Aktiengesetz [2] allerdings wieder abgekommen, Das Gesetz erkennt auch tatsächliche Abhängigkeiten (den sog. faktischen Konzern) an und unterwirft sie einer die Gefährdung der Aktionäre und Gläubiger der beherrschten Gesellschaft weitgehend ausschließenden Regelung (§§ 311 ff AktG). Das AktG geht somit grundsätzlich den gleichen Weg wie auch der Gesetzgeber in § 16.

5. Teil

Fragen der wirtschaftlichen Preisbindung: mehrstufige Bindungen und Vorgehen gegen Außenseiter

1. Abschnitt

Die mehrstufige wirtschaftliche Preisbindung

Bei den bisherigen Erörterungen sind wir stets von dem Fall ausgegangen, daß ein Hersteller die direkt

---

1) Flume S. 20.

2) BGBl. I 64, 1.089 ff.

von ihm belieferten Wiederverkäufer unmittelbar bindet. Diese Wiederverkäufer können sowohl Einzelhändler als auch Großhändler sein. Letzterer Fall wird allerdings selten sein, denn die vertikale Preisbindung zielt in der Regel auf die Festlegung des Endverbraucherpreises [1]. Häufiger als diese Fälle einstufiger Preisbindung ist jedoch die mehrstufige Preisbindung. Hier hat man zwei Fälle zu unterscheiden. Einmal, daß der Hersteller seine unmittelbaren Abnehmer (z. B. Großhändler) bindet, die von ihnen belieferten Einzelhändler an die vom Hersteller festgesetzten Einzelhandelspreise zu binden, und zum anderen, daß der Hersteller seine unmittelbaren Abnehmer bindet, neben der Weitergabe der Bindung an ihre Abnehmer auch ihrerseits bestimmte Festpreise einzuhalten. Im letzteren Fall werden also neben den Einzelhandelspreisen auch die Großhandelspreise gebunden. Allerdings scheint § 16 nur den Fall zu decken, daß der belieferte Abnehmer gebunden wird, den Festpreis entweder selbst einzuhalten oder seinen weiteren Abnehmern eine entsprechende Bindung aufzuerlegen. Die Fassung des § 16 I ist jedoch ungenau. Statt der Formulierung "oder" müßte es "und bzw. oder" heißen, denn es soll gerade die beim Vertrieb von Markenwaren typische durchlaufende Preisbindung ermöglicht werden, die den belieferten Abnehmer bindet, den Festpreis selbst ein-

---

1) Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 34.

zuhalten und seine Abnehmer zu binden [1]. Unter mehrstufiger Preisbindung wird also hier eine Bindung verstanden, bei der die Preise von Abnehmern gebunden werden, die die Ware nicht direkt vom Hersteller, sondern von zwischengeschalteten Handelsstufen enthalten. Die durchlaufende Preisbindung ist ein Unterfall dieser mehrstufigen Bindung, der sich dadurch auszeichnet, daß auch die zwischengeschalteten Handelsstufen in ihrer Preisgestaltung gebunden werden.

Bei der verpflichtenden Preisbindung läßt sich eine mehrstufige (durchlaufende oder nicht durchlaufende) Preisbindung auf zwei Wegen erreiche: entweder wird der Großhändler verpflichtet, jeden von ihm belieferten Einzelhändler seinerseits zur Preiseinhaltung zu verpflichten, oder der Großhändler wird verpflichtet, nur an solche Einzelhändler zu liefern, die sich dem Hersteller gegenüber zur Einhaltung der Festpreise verpflichtet haben. Im ersten Fall wird die Bindung der Endverbraucherpreise durch eine Weiterreichung der Bindungsverpflichtung durch den Großhandel, im zweiten Fall durch eine Verpflichtung der Einzelhändler unmittelbar gegenüber dem Hersteller, verbunden mit einer Vertriebsbindung des Großhandels nach § 18 I Ziff. 3, erreicht [2].

---

1) So Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 4; Droste DB 58, 99; vgl. ferner Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 16 Anm. 50; Begr. zum RegE B I 2 Abs. IV (Gem. Komm. 1. Aufl. S. 1.066).

2) Für die Zulässigkeit dieses zweiten Falles Baumbach - Hefermehl § 16 GWB Anm. 34; Gleiss - Steiner BB 58, 282; a. A. Büntig BB 55, 1.114 für DekartR.

Diese Verpflichtungsbindungen können auf den einzelnen Stufen oder auf allen Stufen gleichzeitig auch durch die anderen Formen der rechtlichen Bindung ersetzt werden. Dies gilt auch für Vertriebsbindungen, denn § 18 betrifft nicht nur verpflichtende, sondern alle vertraglichen Bindungen, soweit sie den Tatbestand des § 18 I erfüllen. So könnte z. B. ein Hersteller seine Großhändler unter der Bedingung beliefern, daß diese sowohl die Markenwaren wiederum nur unter der Bedingung weiterverkaufen, daß die Einzelhändler die vom Hersteller angegebenen Endverbraucherpreise einhalten, als auch im Falle des Bedingungseintritts tatsächlich von einer weiteren Belieferung der Einzelhändler Abstand nehmen. Der Hersteller könnte aber auch mit den Großhändlern eine Vertragsstrafe für den Fall vereinbaren, daß diese Einzelhändler beliefern, die ihrer Verpflichtung zur Preiseinhaltung gegenüber dem Hersteller nicht nachkommen. Im einzelnen ließe sich eine Vielzahl von Möglichkeiten entwickeln.

Das Gesetz kennt jedoch nicht nur die rechtliche, sondern auch die wirtschaftliche Preisbindung. Wie aus § 16 eindeutig hervorgeht, gilt dies auch für die mehrstufige und damit natürlich auch für die durchlaufende Bindung. An die Stelle der rechtlichen Bindung kann auf allen Stufen ein Mittel der wirtschaftlichen Bindung treten. Dabei können auf verschiedenen Stufen auch verschiedene wirtschaftliche Bindungsarten angewandt werden. So ist es z. B. möglich, daß ein Hersteller seinen Großhändlern (außervertraglich) bestimmte Vergünstigungen, etwa einen Treurabatt in Aussicht stellt, wenn diese ihren Abnehmern die Einstellung der Belieferung für den Fall

androhen, daß jene die vom Hersteller festgesetzten Preise nicht einhalten, und wenn sie diese Drohung auch ernstlich durchführen. Es ist aber auch denkbar, daß der Hersteller die Einzelhändler unmittelbar, ohne Einschaltung des Großhandels bindet, so z. B., indem er die Endverbraucherpreise durch Angaben in der Presse dem Publikum bekannt macht oder sie auf der Ware oder auf Aufstellgeräten usw. aufdruckt. Daneben können auch noch die Großhändler wirtschaftlich gebunden werden.

Durch § 16 werden ferner solche mehrstufige und solche durchlaufende Bindungen gedeckt, die die wirtschaftliche mit der rechtlichen Bindung kombinieren. So kann entweder die erste Stufe rechtlich und die zweite wirtschaftlich oder die erste wirtschaftlich und die zweite rechtlich gebunden werden. Ein solcher Fall läge z. B. vor, wenn ein Hersteller seine direkten Abnehmer verpflichtet, ihre weiteren Abnehmer mit der Einstellung der Belieferung zu bedrohen und diese Drohung auch wahr zu machen, wenn diese nicht die vom Hersteller festgesetzten Einzelhandelspreise einhalten. Umgekehrt ist es auch möglich, daß ein Hersteller die von ihm belieferten Großhändler mit der Einstellung der Belieferung bedroht, wenn diese nicht die Einzelhändler zur Preiseinhaltung verpflichten und diese Verpflichtung auch durchsetzen. In diesen Fällen kann man von einer kombiniert-rechtlich-wirtschaftlichen Bindung der Endverbraucherpreise sprechen. Ebenso ist es zulässig, die zum Zwecke der Preisbindung eingeführte - oben beschriebene -Vertriebsbindung nach § 18 I Ziff. 3 durch eine wirtschaftliche Bindung zu ersetzen, denn

das GWB enthält kein Verbot der wirtschaftlichen Vertriebsbindung. Insbesondere greifen auch nicht die §§ 38 II Satz 2 oder 38 I Ziff. 8 in Verbindung mit § 25 ein, da durch die wirtschaftliche Vertriebsbindung kein gesetzliches Verbot umgangen wird. Als solches könnte lediglich § 18 in Frage kommen. § 18 ist jedoch keine Verbotsnorm, sondern gibt den Kartellbehörden lediglich unter bestimmten Voraussetzungen eine Eingriffsbefugnis [1]. Der Hersteller könnte also auch die Einzelhändler durch Reverse usw. zur Preiseinhaltung verpflichten und den Großhandel wirtschaftlich unter Druck setzen, solche Händler nicht zu beliefern, die dieser Verpflichtung nicht nachkommen. Ebenso ist es möglich, daß der Hersteller den Einzelhändlern unmittelbar androht, daß sie von der Belieferung ausgeschlossen werden, wenn sie nicht die Festpreise einhalten, und daß der Hersteller, um die Nichtbelieferung sicherzustellen, die Großhändler verpflichtet, an solche Einzelhändler nicht zu liefern, die die festgelegten Endverbraucherpreise nicht einhalten. Diese Fälle ähneln sehr der oben aufgezeigten Bindungsmöglichkeit, bei der der Hersteller den Großhandel verpflichtet, den Händlern die Nichtbelieferung anzudrohen und diese Drohung wahr zu machen, wenn

---

1) Allerdings wird der Kartellbehörde bei wirtschaftlichen Vertriebsbedingungen eine Eingriffsbefugnis analog § 18 zustehen. Hiergegen spricht jedoch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Es scheint, daß der Gesetzgeber bewußt auf die Hereinnahme der wirtschaftlichen Bindung in § 18 verzichtet hat, denn der Bundesrat hatte in der 1. Wahlperiode den Vorschlag gemacht, die Worte "rechtlich oder wirtschaftlich" einzufügen und die Bundesregierung hatte diesen Vorschlag auch angenommen (BT-Drucks. 3.462 1. Wahlperiode S. 55/66). Vgl. auch Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 18 Anm. 12.

diese die Festpreise nicht einhalten. Hier zeigt es sich, daß es unter Umständen nicht leicht ist, eine rechtliche oder wirtschaftliche Preisbindung von einer Vertriebsbindung abzugrenzen. Während im ersteren Fall wohl eine Vertriebsbindung des Großhandels angenommen werden muß, dürfte es sich im letzteren Fall um die Weitergabe einer wirtschaftlichen Preisbindung durch den Großhändler handeln. Diese Unterscheidung bedarf jedoch keiner weiteren Erörterung, da beide Gestaltungen zulässig sind.

Abschließend kann festgestellt werden, daß es zahlreiche Möglichkeiten gibt, mehrstufige (und auch durchlaufende) Preisbindungen im Wege der rechtlichen oder wirtschaftlichen Bindung oder einer Kombination der beiden Bindungsarten durchzuführen. Alle denkbaren Gestaltungen aufzuführen, ist unmöglich.

2. Abschnitt

Die Möglichkeiten eines Vorgehens des Herstellers gegen preisschleudernde Außenseiter

Die Frage, ob auch nicht preisgebundene Händler (Außenseiter) zur Beachtung der Festpreise angehalten werden können, ist von erheblicher praktischer Bedeutung für den preisbindenden Hersteller. Allein in den Fällen, da die Preise ausschließlich durch Bekanntgabe an das Publikum gebunden werden, stellt sich das Problem nicht, da hier Außenseiter nicht denkbar sind, weil diese Preisbindungsart stets

alle Händler erfaßt. Abgesehen davon, daß die Preisbindung ihren Zweck nur dann erfüllen kann, wenn sie möglichst lückenlos eingehalten wird, können sich die gebundenen Abnehmer bei zahlreichen Bindungsarten gegen ein nicht unbeträchtliche Lücken aufweisendes Preisbindungssystem aus den §§ 242 BGB oder 26 II zur Wehr setzen und dadurch regelmäßig das ganze System zum Einsturz bringen. Nun läßt sich zwar durch einen geschickten Aufbau des Systems und seine ständige Überwachung weitgehend verhindern, daß Außenseiter die Ware überhaupt erhalten können, aber völlig ausschließen läßt sich diese Möglichkeit nicht. So kann es trotz sorgfältiger Überwachung vorkommen, daß Großhändler ihrer Verpflichtung zur Weitergabe der Preisbindung oder zur Nichtbelieferung solcher Einzelhändler, die sich dem Hersteller gegenüber nicht zur Preiseinhaltung verpflichtet haben, nicht in jedem Falle nachkommen und daß der Hersteller diese Großhändler nicht feststellen kann. Ebenso ist es bei der wirtschaftlichen Bindung nicht ausgeschlossen, daß Großhändler sich lieber den angedrohten wirtschaften Nachteilen aussetzen, als die Preisbindung weiterzureichen oder solche Händler nicht zu beliefern, die vom Hersteller nicht zur Beachtung der Festpreise verpflichtet worden sind. In allen diesen Fällen erhalten nicht gebundene Einzelhändler die Markenware. Da sie weder zur Preiseinhaltung verpflichtet sind, noch unter einem in diese Richtung zielenden wirtschaftlichen Druck von Seiten des Herstellers stehen, werden sie vielfach die Festpreise unterbieten. Mittelbar könnte der Hersteller dies nur verhindern, wenn er die die Preisunterbietung ermöglichenden Großhändler zur Beachtung der

ihnen im Preisbindungssystem zufallenden Aufgabe zwingen könnte. Bei der Bindung durch Verpflichtung geht dies im Klagewege oder durch Ausschluß der Belieferung. Bei den anderen Preisbindungsmitteln - vertraglichen und wirtschaftlichen - kommt lediglich die Zufügung der betreffenden wirtschaftlichen Nachteile in Betracht. Dabei ist für einen Erfolg, nämlich das Aufhören der Unterbietung, nur dann garantiert, wenn die Anwendung des Bindungsmittels einen Ausschluß der Belieferung der Großhändler bewirkt, die das Preisschleudern ermöglichen. In der Praxis wird diese tatsächliche Ausübung der Bindung durch den Hersteller jedoch oft daran scheitern, daß es nicht möglich sein wird, die betreffenden Großhändler festzustellen. Es fragt sich daher, ob für den bindenden Hersteller eine Möglichkeit besteht, unmittelbar gegen den preisschleudernden Außenseiter vorzugehen. Zunächst wäre daran zu denken, daß der Hersteller die Außenseiter wirtschaftlich unter Druck setzt. Dies wäre aber nur zulässig, wenn der Hersteller alle Einzelhändler, die seine Markenwaren führen, unter Beachtung der Vorschriften des GWB nach § 16 wirtschaftlich binden würde. Dann könnte man allerdings nicht mehr von Außenseitern reden. Vor allem aber wird dies fast immer daran scheitern, daß dem Hersteller gegenüber den Außenseitern keine Druckmittel zur Verfügung stehen, da diese nicht in unmittelbare Geschäftsbeziehungen zu ihm treten. Es ist daher zu prüfen, ob der Hersteller irgendwelche rechtlichen Ansprüche auf Preiseinhaltung gegen die preisschleudernden Außenseiter geltend machen kann.

A) Der Anspruch auf Unterlassung aus § 1 UWG

Der Hersteller könnte die preisschleudernden Außenseiter gemäß den §§ 1, 13 UWG auf Unterlassung in Anspruch nehmen, wenn das Unterbieten der vom Hersteller gebundenen Preise gegen die guten Sitten verstoßen würde. Preisunterbieten ist jedoch grundsätzlich ein zulässiges Wettbewerbsmittel, ist es doch die bei weitem wichtigste Waffe im Wettbewerbskampf. Daher handelt der Außenseiter, der preisgebundene Waren unter dem Festpreis verkauft nicht ohne weiteres sittenwidrig [1]. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, damit sein Verhalten als unlauter erscheint.

Hierzu sind für die Preisbindung durch Verpflichtung besondere Grundsätze entwickelt worden. Danach handelt ein Außenseiter sittenwidrig, wenn er sich die Markenware auf Schleichwegen verschafft [2], also etwa durch betrügerische Manipulationen verhindert, daß er in seiner Preisgestaltung gebunden wird. Ferner handelt ein Außenseiter dann sittenwidrig, wenn er sich preisgebundene Waren durch Verleitung eines preisgebundenen Händlers zum Vertragsbruch verschafft [3]. In diesen beiden Fällen liegt die Sittenwidrigkeit schon in der Art und Weise der Verschaffung der preisgebundenen Waren; daß der Außenseiter den Festpreis auch tatsächlich unterbietet , ist nicht notwendig, um die Sitten-

---

1) Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 151 und 309; RGZ 144, 41 ff (50); Schwartz im Gem. Komm. 2. Aufl. § 16 Anm. 89; BGH NJW 64, 1.955 ff.

2) Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 312; RGZ 136, 65 ff (73).

3) Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 310; RGZ 148, 364 ff (369).

widrigkeit des Außenseiterverhaltens zu begründen. Der Hersteller hat daher zunächst einen Anspruch aus den §§ 1, 13 UWG auf Unterlassung der Verschaffung in der geschilderten Weise. Unterbietet der Außenseiter außerdem noch die vom Hersteller festgelegten Preise, so hat dieser auch insoweit einen Unterlassungsanspruch aus den §§ 1, 13 UWG, denn es ist unlauter, sich durch Ausnutzung einer in sittenwidriger Weise erlangten Position einen Vorsprung vor den vertragstreuen Mitbewerbern zu verschaffen [1]. Von größerer praktischer Bedeutung als diese beiden Fälle ist jedoch der Fall, daß der Außenseiter sich die Ware lediglich durch Ausnutzung fremden Vertragsbruchs verschafft. Dann ist das bloße Beschaffen der Markenwaren allerdings noch nicht sittenwidrig, denn es fehlt die Mitwirkung des Außenseiters am Vertragsbruch. Sittenwidrig handelt der Außenseiter jedoch dann, wenn er durch Unterbieten des Festpreises für die durch Ausnutzung eines Vertragsbruchs erlangten Waren einen Vorsprung vor seinen vertragstreuen Mitbewerbern zu erzielen sucht [2]. Als weiteres materielles Erfordernis eines Anspruches aus den §§ 1, 13 UWG auf Unterlassung des Preisschleuderns muß ferner in allen drei Fällen hinzukommen, daß die Preisbindung theoretisch und tatsächlich lückenlos ist [3], denn auch dem durch Verpflichtung Gebundenen könnte bei lückenhafter Bindung nicht zugemutet werden, die Preisbindungsverpflichtung zu beachten [4]. Der Außenseiter darf aber in seinem wettbewerblichen Verhalten nicht strenger behandelt

---

1) Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 310.

2) Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 311; RGZ 133, 330 ff (335).

3) Siehe oben S. 110 ff.

4) Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 299; v. Gamm NJW 59, 967; Loos BB 58, 1.217; Völp S. 104.

werden als der durch Verpflichtung Gebundene selbst [1]. Nach allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung muß der Hersteller im Preisschutzprozeß beweisen, daß der preisunterbietende Außenseiter sich die preisgebundene Ware auf Schleichwegen, durch Verleitung zum Vertragsbruch oder durch Ausnutzung fremden Vertragsbruchs verschafft hat und daß das Preisbindungssystem theoretisch und tatsächlich lückenlos ist. Die besondere praktische Bedeutung des Falles, daß der Außenseiter einen fremden Vertragsbruch ausnutzt, liegt nun darin, daß die Rechtsprechung [2] unter Zustimmung der Literatur [3] hier gewisse Beweiserleichterungen zuläßt. Kann der Hersteller die theoretische Lückenlosigkeit seines Systems, d. h. die gedanklich ausnahmslose Erfassung aller Abnehmer und die ständige Kontrolle der Einhaltung nachweisen, so wird die tatsächliche Lückenlosigkeit des Systems und die Beschaffung der Ware durch fremden Vertragsbruch vermutet, und es obliegt dann dem Außenseiter darzutun und zu beweisen, daß er die preisgebundene Ware nicht durch Vertragsbruch erhalten hat oder daß das Preisbindungssystem tatsächlich lückenhaft ist, so daß ihm die Beachtung der Festpreise nicht zuzumuten ist.

Diese soeben dargestellten Grundsätze, nach denen weitgehend ein Vorgehen gegen den preisschleudernden Außenseiter aus den §§ 1, 13 UWG möglich ist, sind von Rechtsprechung und Literatur zur Preisbindung durch Verpflichtung entwickelt worden. Eine nähere Nachprüfung

---

1) Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 315; Völp S. 106.

2) Siehe oben S. 110 ff.

3) Baumbach - Hefermehl § 1 UWG Anm. 318; Reimer S. 376; Schwartz im Gem. Komm. 2. Auflage § 16 Anm. 90.

ergibt, daß diese Grundsätze auf die rein wirtschaftliche Preisbindung oder die Preisbindung durch nichtverpflichtende vertragliche Mittel im wesentlichen unanwendbar sind. Abgesehen von dem Fall des Warenbezugs auf Schleichwegen setzt ein Vorgehen gegen die Verschaffung der preisgebundenen Ware oder das Unterbieten mit dieser einen Vertragsbruch des Lieferanten voraus. Ein solcher Vertragsbruch liegt aber bei der wirtschaftlichen und der nichtverpflichtenden vertraglichen Preisbindung nicht vor, da hier kein Großhändler die Verpflichtung eingegangen ist, die Waren nur unter bestimmten Bedingungen oder nur an bestimmte Abnehmer weiterzugeben. Andere Umstände, die für diese Fälle das Verschaffen bzw. Unterbieten als unlauter erscheinen ließen, sind jedoch nicht ersichtlich. Eine abweichende Beurteilung verlangt lediglich der Fall, daß der Außenseiter sich die preisgebundene Ware auf Schleichwegen verschafft. Hier kommt es nicht auf einen Vertragsbruch des Lieferanten an. Auch bei der wirtschaftlichen oder nichtverpflichtenden vertraglichen Bindung ist es jedoch denkbar, daß ein Händler durch betrügerische Maßnahmen, etwa durch Vorschieben eines Strohmannes, sich die Waren verschafft, ohne in seiner Preisgestaltung gebunden zu werden. Der Hersteller hat dann einen Anspruch aus den §§ 1, 13 UWG auf Unterlassung dieser Art von Warenbezug. Ferner kann der Hersteller den Außenseiter auf Unterlassung in Anspruch nehmen, wenn dieser mit der auf Schleichwegen erlangten Ware den Festpreis unterbietet. Zwar verschafft der Außenseiter sich dann durch das Unterbieten der Festpreise keinen Vorsprung vor den vertragstreuen Mitbewerbern, denn diese sind nicht zur Preiseinhaltung verpflichtet, aber er nutzt die die Bindung bewirkende Drucksituation der Mitbewerber aus, um vor diesen einen geschäftlichen Vorsprung zu erzielen. Das Gesamtverhal-

ten des Außenseiters, bestehend aus dem Bezug der Ware auf Schleichwegen und dem Ausnutzen der für die preisgebundenen Mitbewerber bestehenden Drucksituation durch Unterbieten der Festpreise in der Absicht, sich vor diesen einen geschäftlichen Vorsprung zu verschaffen, verdient dann nicht minder den Vorwurf der Sittenwidrigkeit, als wenn der Preisbrecher auf die Vertragstreue seiner Mitbewerber spekulieren würde. Als unlauter kann das Ausnutzen der für die Mitbewerber bestehenden Drucksituation allerdings nur dann erachtet werden, wenn diese sich aus dem Androhen oder Zufügen von Nachteilen durch den Hersteller ergibt. Entsteht die Drucksituation dadurch, daß der Hersteller seinen preistreuen Abnehmern Vorteile in Aussicht stellt oder gewährt, so ist das Ausnutzen dieser Drucksituation durch einen Außenseiter kein unlauteres Wettbewerbsverhalten, denn die Mitbewerber würden dadurch, daß sie ebenfalls die Festpreise durchbrechen und infolgedessen der Vorteile verlustig gehen, noch nicht schlechter gestellt als der Außenseiter, der, weil er nicht gebunden ist, die Vorteile per se nicht erhält. Auch in diesem Falle des Unterbietens mit auf Schleichwegen erworbenen Waren ist Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs die theoretische und tatsächliche Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems. Etwas zweifelhaft erscheint, ob auch hier noch durch den Beweis der theoretischen Lückenlosigkeit prima facie die tatsächliche bewiesen werden kann. Man wird diese Frage jedoch zumindest für die Preisbindungen bejahen können, die für die gebundenen Preisdurchbrecher zu einem Ausschluß der Belieferung führen. Dieser Fall des Warenbezugs auf Schleichwegen ist jedoch der einzige und in der Praxis auch recht seltene Fall, daß bei rein wirtschaftlicher oder lediglich nichtver-

pflichtender vertraglicher Bindung ein Vorgehen gegen Außenseiter aus den §§ 1, 13 UWG möglich ist.

Bei der kombiniert-rechtlich-wirtschaftlichen Preisbindung hingegen sind auch über den Bezug preisgebundener Ware auf Schleichwegen hinaus einige Fälle denkbar, in denen der Hersteller den preisschleudernden Außenseiter aus den §§ 1, 13 UWG in Anspruch nehmen kann. Diese Fälle setzen voraus, daß der Hersteller alle alle seine Großhändler verpflichtet, ihre Abnehmer an bestimmte Wiederverkaufspreise durch wirtschaftliche oder nichtverpflichtende vertragliche Maßnahmen zu binden oder nur an solche Abnehmer zu liefern, die vom Hersteller gebunden worden sind. In diesen Fällen können die Waren regelmäßig nur durch einen Vertragsbruch der Großhändler in die Hände von Außenseiter gelangen. Materiell-rechtlich erfordern diese Fälle keine andere Beurteilung, als wenn der Außenseitern einer Preisbindung durch Verpflichtung die Festpreise unterbietet. Hat der Außenseiter sich die Ware durch Ausnutzung fremden Vertragsbruchs verschafft, so handelt er sittenwidrig, wenn er durch Unterbieten einen Vorsprung vor den Mitbewerbern zu erzielen sucht, die infolge der ihnen für den Fall einer Preisunterbietung drohenden Nachteile ihre Preise nicht frei bestimmen können [1]. Voraussetzung eines Anspruchs aus den §§ 1, 13 UWG auf Unterlassung der Unterbietung ist allerdings auch hier die theoretische und tatsächliche Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems. Prozeßrechtlich erscheint zweifelhaft, ob auch bei dieser Art der Preisbindung aus der theoretischen Lückenlosigkeit die

---

1) So im Ergebnis auch Becher BB 58, 430: Gleiss BB 58, 611; Paul DB 58, 1.150; zweifelnd Schwartz im Gem. Komm. 1. Aufl. § 16 Anm. 17.

Erlangung der Ware durch Vertragsbruch und die tatsächliche Lückenlosigkeit prima facie bewiesen werden können. Eine solche Möglichkeit des Anscheinsbeweises wird man jedoch zumindest für die Preisbindungsarten bejahen können, die die Preisdurchbrecher von der weiteren Belieferung ausschließen (z. B. durch Rücktrittsrecht oder Liefersperre), da dann bei lückenloser Anlage und Durchführung des Systems ein Preisschleudern nach der Lebenserfahrung als ausgeschlossen erscheint [1]. Wenn der Außenseiter sich die Ware auf Schleichwegen oder durch Verleitung zum Vertragsbruch verschafft, besteht auch hier ein Unterlassungsanspruch aus den §§ 1, 13 UWG. Auf die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems kommt es für diesen Anspruch nicht an.

Zusammenfassend können wir also festhalten, daß ein Anspruch aus den §§ 1, 13 UWG auf Unterlassen des Unterbietens dem Hersteller gegen den Außenseiter nur dann zur Verfügung steht, wenn dieser die Ware auf Schleichwegen oder durch einen Vertragsbruch bezogen hat und durch das Unterbieten einen Vorsprung vor den zur Preiseinhaltung verpflichteten oder durch die Androhung von Nachteilen für den Fall des Preisschleuderns unter Druck gesetzten Mitbewerbern zu erzielen sucht. Weitere Voraussetzung dieses Unterlassungsanspruchs ist die theoretische und tatsächliche Lückenlosigkeit des Bindungssystems. Regelmäßig kommen diese Ansprüche nur bei der Preisbindung durch Verpflichtung oder bei den Preisbindungssystemen, die die verpflichtende Preisbindung oder Vertriebsbindung mit anderen

1) So im Ergebnis auch Becher BB 58, 430.

Preisbindungsarten kombinieren, in Betracht. Allein im Falle des Warenbezugs auf Schleichwegen kann ein Anspruch auf Unterlassen des Unterbietens gemäß den §§ 1, 13 UWG auch bei der rein wirtschaftlichen oder der lediglich nichtverpflichtenden vertraglichen Bindung gegen den Außenseiter gegeben sein.

B) Der Anspruch auf Unterlassung aus § 1.004 BGB

Seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 5. 1. 1905[1] ist allgemein anerkannt [2], daß jeder objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut den Verletzten zu einer Klage auf Unterlassung weiterer Eingriffe berechtigt, falls solche zu besorgen sind. Begründet wird diese Auffassung mit dem allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken und einer Analogie insbesondere zu § 1.004 BGB. Nach gefestigter Ansicht [3] gehört zu den vom Gesetz geschützten Rechtsgütern das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das Reichsgericht hatte ursprünglich einen Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs in Form von Unterlassungs- (§ 1.004 BGB) und Schadensersatzansprüchen (§ 823 BGB) nur gegenüber solchen Eingriffen gewährt, die sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richteten [4]. Später gewährte das Reichsgericht [5] diesen Schutz dann zumindest im Wettbewerbs-

---

1) RGZ 60, 6 ff (7).

2) BGH NJW 52, 417 ff (418); Enneccerus - Lehmann S. 976 ff; Erman - Hefermehl § 1.004 Anm. 2 c und d; Larenz Schuldrecht II § 70 I; Soergel - Siebert - Mühl § 1.004 Anm. 54.

3) Ermann- Hefermehl § 1.004 Anm. 2 c; RGZ 58, 24 ff(29 f); Soergel - Siebert - Mühl § 1.004 Anm. 61

4) RGZ 58, 25 ff. (29).

5) RGZ 163, 21 ff (32).

und Warenzeichenrecht auch bei Eingriffen, die sich nicht gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richteten. Die Reichsgerichtsrechtsprechung tendierte also bereits auf eine Ausdehnung des Rechtsschutzes für den eingerichteten und ausgeübten Gewerbetrieb über den reinen Bestandsschutz hinaus. Diese Richtung hat der Bundesgerichtshof fortgesetzt. Nach dem Bundesgerichtshof [1] wird der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen Ausstrahlungen, soweit es sich um gerade dem Gewerbebetrieb in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit wesensgemäße und eigentümliche Erscheinungsformen und Beziehungen handelt, geschützt. Geschützt wird alles das, was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt, also nicht nur Betriebsräume und -grundstücke, Maschinen und Gerätschaften, Einrichtungsgegenstände und Warenvorräte, sondern auch Geschäftsbedingungen, Kundenkreis und Außenstände. Erforderlich ist jedoch auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein unmittelbarer Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebes [2].

Zu den Ausstrahlungen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes eines Markenwarenherstellers gehört auch der Werbewert seiner Markenware, denn es gehört zu den diesem Herstellungsbetriebe wesensgemäßen und eigentümlichen Erscheinungsformen wirtschaftlicher Tätigkeit, Waren mit einer entsprechenden Herkunftsbe-

---

1) BGH NJW 59, 479 ff (480); BGHZ 3, 270 ff (279).
2) BGH NJW 59, 479 ff (480); BGHZ 8, 387 ff (394).

zeichnung zu produzieren und zu vertreiben. Damit gehört aber auch ein unter Umständen mit erheblichen Aufwendungen aufgebautes und dem Schutz des Werbewertes der Marke dienendes Preisbindungssystem zu den schutzwürdigen Ausstrahlungen des die Markenware herstellenden Betriebes, gleichgültig, ob es sich um ein rechtliches, wirtschaftliches oder kombiniertes Preisbindungssystem handelt [1]. Die Einführung einer Preisbindung ist eine einem Markenwaren herstellenden Betriebe wesensgemäße und eigentümliche Erscheinungsform wirtschaftlicher Tätigkeit. Veräußert ein Außenseiter preisgebundene Markenware unter dem Festpreis, so greift er dadurch in den Gewerbebetrieb des preisbindenden Herstellers ein, denn er stört die Funktion des vom Hersteller errichteten Preisbindungssystems. Durch das Unterbieten der Festpreise wird das Preisbindungssystem lückenhaft mit allen bekannten Folgen, die dies für die Durchsetzbarkeit der Bindung haben kann. Soweit der Hersteller seine Abnehmer zur Preiseinhaltung verpflichtet oder durch die Androhung oder Zufügung von Nachteilen zur Preiseinhaltung anzuhalten sucht, besteht für den Hersteller die Gefahr, daß die gebundenen Abnehmer sich wegen der Lückenhaftigkeit der Bindung auf § 242 BGB bzw. § 26 II berufen und die Einhaltung der Preisbindung verweigern können. Soweit der Hersteller seine Abnehmer durch das Gewähren oder Versprechen von Vorteilen zur Beachtung der von ihm festgelegten Wiederverkaufspreise zu bewegen sucht, besteht zwar nicht die Gefahr, daß die Abnehmer Gegenrechte geltend machen, denn solche bestehen nicht [2], aber

---

1) So auch Baumbach - Hefermehl § 1UWG Anm. 320, allerdings unter Beschränkung auf vertraglich begründete Preisbindungen; Paul DB 58, 1.150.

2) Siehe oben S. 118 ff.

die Abnehmer werden vielfach dazu neigen, lieber auf die Vorteile von Seiten des Herstellers zu verzichten, als in eine ungünstige Wettbewerbsposition zu dem Außenseiter zu geraten. Die Folge ist in jedem Fall, daß das Preisbindungssystem durch das Unterbieten beeinträchtigt wird, denn es gerät in die Gefahr, zusammenzubrechen und so seinen Zweck, den Schutz des Werbewertes der Markenware, nicht mehr erfüllen zu können. Da das Preisbindungssystem zu den geschützten Ausstrahlungen des Gewerbebetriebes gehört, liegt in seiner Beeinträchtigung ein Eingriff in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs [1] wird der Gewerbebetrieb jedoch nur gegen unmittelbare Eingriffe geschützt. Die Abgrenzung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Eingriffen bereitet nicht unbeträchtliche Schwierigkeiten. Einigkeit besteht jedoch heute insoweit, daß nicht auf den Kausalverlauf abgestellt werden kann, dergestalt, daß nur die letzte Ursache einer zu einer Beeinträchtigung führenden Kausalkette als unmittelbarer Eingriff angesehen werden kann, denn zahlreiche abzuwehrende Beeinträchtigungen wirken erst über eine Kausalkette auf den Gewerbetrieb ein [2]. Nach der Zustimmung verdienenden Ansicht des Bundesgerichtshofs [3] sind unmittelbare Eingriffe diejenigen, die irgendwie gegen den Betrieb

---

1) BGH NJW 59, 479 ff (480); BGHZ 3, 270 ff (279); RGZ 163, 21 ff (32).

2) BGH NJW 59, 479 ff (480); BGHZ 3, 270 ff; 23, 157 ff. A. A. aber noch RGZ 163, 21 ff (32).

3) NJW 59, 479 ff (481).

als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen. Eine solche Betriebsbezogenheit der Festpreisunterbietung durch Außenseiter läßt sich bejahen, denn das Unterbieten der Festpreise einer bestimmten Marke steht in enger Beziehung zu dem die Markenware herstellenden Betrieb. Das Preisbindungssystem und damit der Werbewert der Marke, eine schutzwürdige Ausstrahlung des Gewerbebetriebes, wird durch die Preisunterbietung nicht etwa zufällig gefährdet, sondern die Gefährdung ist die unausweichliche und notwendige Folge des Unterbietens gerade der für diese Markenware festgesetzten Preise.

Aber nicht jeder betriebsbezogene Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb löst bereits die Abwehransprüche nach § 1.004 BGB aus. Erforderlich ist ferner die Rechtswidrigkeit des Eingriffs. Grundsätzlich wird bei Eingriffen in ein durch das Gesetz geschütztes Rechtsgut die Rechtswidrigkeit durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert. Rechtmäßig ist der Eingriff nur, wenn der Beeinträchtigte ausnahmsweise zur Duldung verpflichtet ist, weil ein entsprechender Rechtfertigungsgrund vorliegt [1]. Diese Regel kann jedoch zumindest bei wettbewerblichen Eingriffen in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb keine Geltung beanspruchen. Das Erfordernis der Betriebsbezogenheit des Eingriffs allein reicht nicht aus, die notwendige Beschränkung des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes vorzunehmen. Gäbe es gegen jeden

1) Soergel - Siebert - Mühl § 1.004 Anm. 26 und 78.

unmittelbaren Eingriff durch wettbewerbliches Handeln in den Gewerbebetrieb den Anspruch aus § 1.004 BGB, so käme der Wettbewerb zum Erliegen. Die Mehrzahl der Wettbewerbshandlungen beeinträchtigt unmittelbar den Geschäftsbetrieb der Mitbewerber; Kunden, die der eine hinzugewinnt, verliert der andere oder kann er zumindest nicht auch gewinnen. Die Rechtswidrigkeit kann sich daher bei wettbewerblichen Eingriffen nicht ohne weiteres aus der Tatbestandserfüllung ergeben, sondern sie muß sachlich bestimmt werden [1]. Dies hat um so mehr zu gelten, als es gerade dem Wesen des Gewerbebetriebes als eines dynamischen, ständig Veränderungen unterworfenen Rechtes und als Teiles einer auf dem Wettbewerbsprinzip aufbauenden Wirtschaftsordnung entspricht, Beeinträchtigungen, die sich als natürliche Folge erlaubten Wettbewerbskampfes ergeben, hinzunehmen [2]. Die Grenzen des erlaubten Wettbewerbs ergeben sich aus dem UWG. Nur solche Eingriffe durch Wettbewerbshandlungen können daher als rechtswidrig angesehen werden, die sich anhand der Rechtsprechung und Literatur zum UWG als unlauter darstellen. Ein wettbewerbliches Verhalten, das nach § 1 UWG als lauter gilt, kann daher nicht als rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angesehen werden. Umgekehrt muß jeder nach § 1 UWG sittenwidrige Eingriff in den Gewerbebetrieb als rechtswidrig aufgefaßt werden. Das Unwerturteil nach § 1.004 (oder § 823) BGB muß sich mit der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG decken, soweit wettbewerbliche Eingriffe in Frage stehen [3]. Das bedeutet für die

---

1) Baumbach - Hefermehl Allg. zum We tbewerbs- und Warenzeichenrecht Anm. 85.

2) Baumbach - Hefermehl Allg. zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Anm. 83.

3) Baumbach - Hefermehl Allg. zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Anm. 87.

hier zur Entscheidung stehenden Fälle des Unterbietens durch Außenseiter, daß, da Unterbieten grundsätzlich erlaubt und rechtmäßig ist, der Hersteller nur dann aus § 1.004 BGB gegen die unterbietenden Außenseiter vorgehen kann, wenn auch der Anspruch aus § 1 UWG gegeben ist. Das ist aber im wesentlichen nur bei der verpflichtenden Preisbindung oder der eine Verpflichtung enthaltenden kombinierten Preisbindung der Falle. Eine Erweiterung der Möglichkeiten des Herstellers, gegen Außenseiter vorzugehen, bietet § 1.004 BGB also nicht. Der quasinegatorische Unterlassungsanspruch aus§ 1.004 BGB hat insoweit neben § 1 UWG keine selbständige Bedeutung.

C) Die Bedeutung des Fehlens eines Unterlassungsanspruchs gegen preisschleudernde Außenseiter bei den nichtverpflichtenden Bindungen

Abgesehen von den seltenen Fällen des Bezugs der Markenware auf Schleichwegen ergeben sich bei der nichtverpflichtenden rechtlichen und der wirtschaftlichen Preisbindung für den Hersteller keine Möglichkeiten, gegen den preisschleudernden Außenseiter unmittelbar vorzugehen. Es ist nicht zu bestreiten, daß darin eine gewisse Minderung der praktischen Brauchbarkeit dieser Preisbindungsarten gegenüber der verpflichtenden Preisbindung liegt. Diese Minderung ist jedoch keineswegs so erheblich, daß sie die nichtverpflichtenden Preisbindungsarten für die Wirtschaftspraxis entwerten würde und ihr nur eine theoretische Bedeutung ließe. Wird die Preisbindung durch Androhen oder Zufügen von Nachteilen bewirkt, so bringt die Preisdurchbrechung

durch Außenseiter Gegenrechte der in ihrer Preisgestaltung Gebundenen aus den §§ 242 BGB und 26 II zum Entstehen. Infolgedessen gerät das ganze Preisbindungssystem des Herstellers in die Gefahr zusammenzubrechen. Erforderlich ist hierzu jedoch ein gewisser Umfang der Durchbrechungen, vereinzelte Lücken genügen nicht. Durch geschickten Aufbau und sorgfältige Überwachung der Preiseinhaltung, d.h. durch ständige Kontrolle und sofortiges Einschreiten aus der Bindung gegen jeden Zwischenhändler, der die Preisbindung nicht weitergibt oder Markenwaren auch an ungebundene Händler liefert, läßt sich weitgehend verhindern, daß umfangreichere Preisdurchbrechungen durch Außenseiter vorkommen. Insbesondere gilt dies dann, wenn die Preisbindung allein oder in Verbindung mit anderen Mitteln durch die Androhung einer Liefersperre für die Händler bewirkt wird, die die ihnen vom Hersteller im Preisbindungssystem zugewiesene Aufgabe nicht erfüllen. Soweit die Preisbindung durch Versprechen oder Gewähren von Vorteilen bewirkt wird, erwachsen für die gebundenen Händler aus dem Preisschleudern der Außenseiter keine Gegenrechte, denn die Preisbindung wird dadurch für sie nicht unzumutbar. Das Preisschleudern hat dann lediglich zur Folge, daß das Preisbindungssystem seinen Zweck, die Bewirkung eines überall gleichen Endverbraucherpreises, nicht mehr erreichen kann. Damit diese Folge eintritt, sind jedoch schon erhebliche Preisdurchbrechungen erforderlich. Mit diesen ist indessen regelmäßig nicht zu rechnen, da ja eine Bindung vorliegt. Es ist daher in der Regel auch bei den nichtverpflichtenden Bindungsarten

trotz ihrer evtl. geringeren Bindungsintensität und der fehlenden Möglichkeiten eines Vorgehens gegen Außenseiter nicht zu befürchten, daß das Bindungssystem zusammenbricht oder seinen Zweck nicht erfüllen kann. Auf der anderen Seite werden diese Mängel der nichtverpflichtenden Bindungen in vielen Fällen durch ihre Vorteile, etwa die einfachere Form oder den Fortfall des Erfordernisses der Zustimmung durch den Gebundenen wieder wettgemacht.

Lebenslauf

Am 3. April 1937 wurde ich in Brilon als Sohn des Studienrats Christian Züllighoven und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Kohlschein geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Im Herbst 1943 kam ich auf die Volksschule in Brilon. Anschließend besuchte ich das Gymnasium Petrinum Brilon. Dort legte ich am 9. März 1957 die Reifeprüfung ab.

Ich studierte in Freiburg i. Br. und in Münster i. W. Rechtswissenschaft. Am 19. Dezember 1961 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Danach war ich wissenschaftliche Hilfskraft am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Münster. In dieser Zeit fertigte ich die Dissertation an.

Am 1. April 1963 begann ich den juristischen Vorbereitungsdienst. Am 28. April 1967 bestand ich das zweite juristische Staatsexamen vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen.